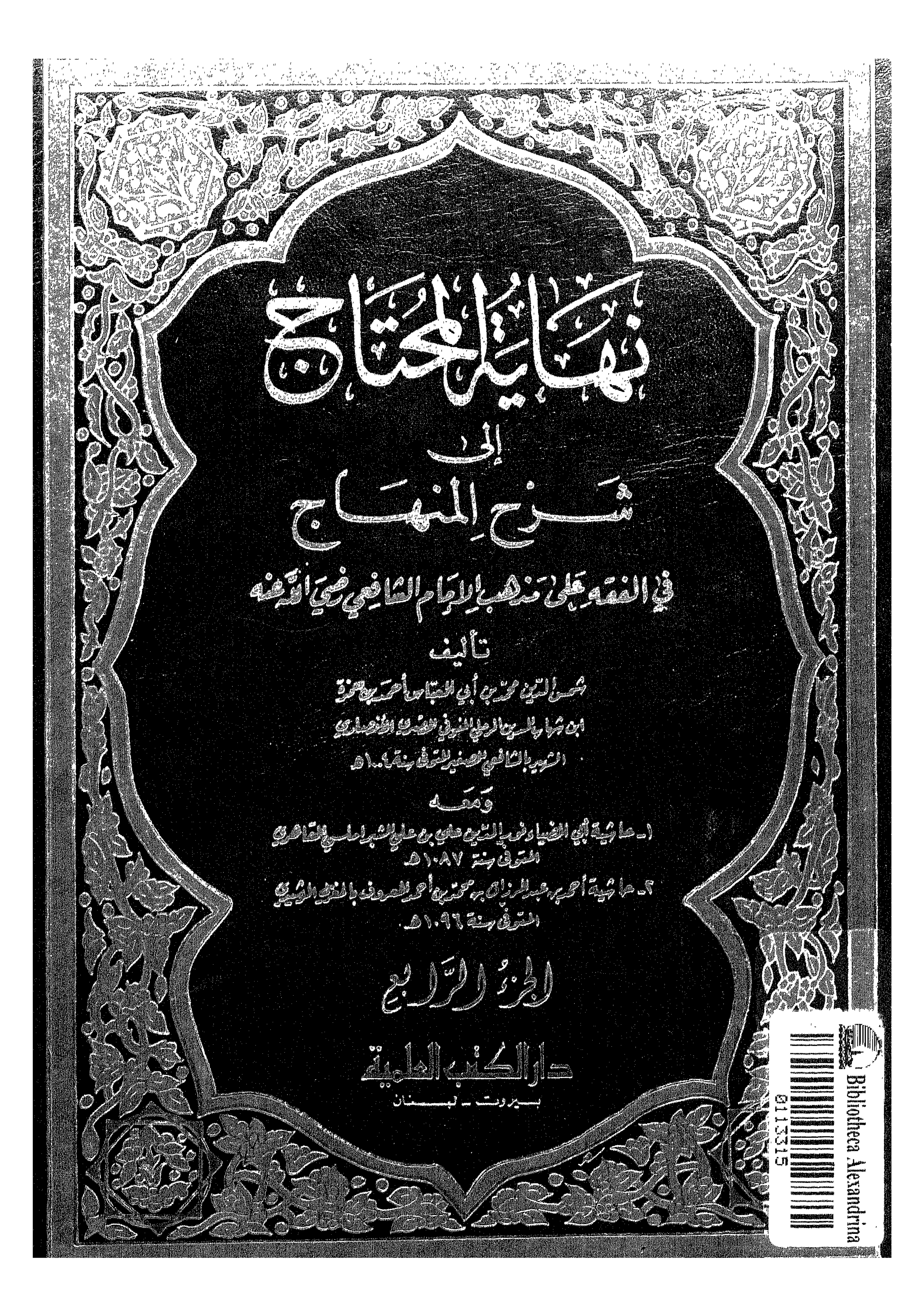

نهاية المحتاج
إلى
شرح المنهاج
في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
تأليف
شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة
ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري
الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ
ومعه
١ - حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري
المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ
٢ - حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي
المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ
الجزء الرابع
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
Bibliotheca Alexandrina
0113315

نهاية المحتاج

إلى

شرح المنهاج

في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه

تأليف

شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة
ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري
الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ

ومعه

١ـ حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري
المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ

٢ـ حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي
المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ

الجزء الرابع

دار الكتب العلمية

«مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ»
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الخيار

هو اسم من الاختيار الذى هو طلب خير الأمرين من الإمضاء والفسخ والأصل فى البيع اللزوم، إلا أن الشرع أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين رخصة إما لدفع الضرر، وهو خيار النقص الآتى . وإما للتروى ، وهو المتعلق بمجرد التشهى ، وله سببان : المجلس والشرط ، وقد أخذ فى بيانهما مقدما أولهما لقوة ثبوته بالشرع من غير شرط وإن اختلف فيه . وأجمع على الثانى ، فقال (يثبت خيار المجلس فى) كل معاوضة محضة ، وهى ماتفسد بفساد عوضها نحو (أنواع البيع) كبيع أب وإن علا مال طفله لنفسه وعكسه فإن ألزم من طرف بقى للآخر كما

(باب الخيار)

(قوله هو اسم) أى اسم مصدر : أى اسم مدلوله لفظ المصدر (قوله هو طلب) أى شرعا (قوله خير الأمرين) أى فيما يتعلق به غرضه ولو كان تركه خيرا له ، أو يقال : أى غالبا (قوله والأصل فى البيع اللزوم) أى شأنه ذلك : يعنى أن وضعه يقتضيه ، إذ القصد منه نقل الملك وحل التصرف مع الأمن من نقض صاحبه عليه (قوله لقوة ثبوته الخ) كان الأولى أن يقول لقوته بثبوته الخ ، والمراد بقوله لقوة ثبوته شرعا أن العقد إذا وقع ثبت به خيار المجلس من جهة الشارع حتى لو نفاه فى العقد لم يصح ، بخلاف خيار الشرط فإنه لايثبت إلا باشتراط العاقدين لايقال : كما أن خيار المجلس ثبت بحديث « البيعان بالخيار الخ » كذلك خيار الشرط ثبت بقوله « من بايعت فقل لا خلابة » . لأنا نقول : الحديثان المذكوران ثبت بهما حكم الخيار ، والكلام هنا فى نفس الخيار حيث ثبت بلا شرط ، بخلاف خيار الشرط فإنه لايثبت إلا باشتراط العاقدين وإن كان دليله قوله من بايعت الخ (قوله وإن اختلف فيه) ومن هنا قد يوجه تقديمه بالاهتمام به للخلاف فيه كما وجهوا بذلك تقديم صيغة البيع على بقية أركانه اه سم على حج : أى فيقال قدم : إما لقوة ثبوته الخ ، وإما للاهتمام به . قال حج : ذهب كثيرون من أئمتنا إلى نقض الحكم بنفيه (قوله نحو أنواع البيع) إنما قال نحو لتدخل الإجارة لأنها ليست بيعا فهى محضة وإن كانت لاخيار فيها (قوله وعكسه) أى واقتضت المصلحة ذلك التصرف لأن تصرف الولى مشروط بالمصلحة ،

(باب الخيار)

(قوله لقوة ثبوته بالشرع) من إضافة المعلول إلى علته (قوله نحو أنواع البيع) حاول الشيخ فى الحاشية أن

فى البسيط وبيع جمد فى شدة حرّ لخبر « البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر » بنصب يقول بأو بتقدير إلا أن أو إلى أن لا بالعطف وإلا لقال يقل بالجزم ، وهو لايصح لأن القصد استثناء القول من عدم التفرق أو جعله غاية له لا مغايرته له الصادقة بعدم القول مع عدم التفرق ، وزعم نسخه لعمل أهل المدينة بخلافه ممنوع لأن جلّ عملهم لايثبت به نسخ كما قرر فى الأصول على أن ابن عمر من أجلهم ، وهو راوى الحديث كان يعمل

فلو باع حينئذ ثم تغير الحال فى زمن الخيار فصارت مصلحة الفرع فى خلاف ذلك التصرف وكانت مصلحة الأصل فيه فينبغى أن يمتنع على الأصل إلزام العقد على الفرع وأن يجب عليه الفسخ بخيار الفرع لأنه يلزمه أن يراعى مصلحته ، ولو انعكس الأمر فكانت مصلحة الفرع فى إمضاء التصرف والأصل خلافه ، فينبغى أن يجوز للأصل الفسخ بخيار نفسه لأنه فائدة تخييره لنفسه ، ولو امتنع الفسخ حينئذ لزم انقطاع خياره بلا تفرق ولا إلزام من جهته بمجرد معارضة مصلحة الفرع وهو بعيد لانظير له ، ولو باع الأصل مال أحد فرعيه للآخر حيث اقتضت المصلحة ذلك التصرف لهما ثم تغير الحال فى زمن الخيار فانعكست مصلحتهما فقد تعارضت المصلحتان فإن الإجازة تفوّت مصلحة أحدهما والفسخ يفوّت مصلحة الآخر ، فهل يتخير بين الإجازة والفسخ لعدم إمكان الجمع بين المصلحتين أو يتعين الفسخ لأن فيه رجوعا لما كان قبل التصرف ؟ فيه نظر فليتأمل اه سم على حج .
أقول : ينبغى أن يراعى من المصلحة له فى الفسخ لأن رعاية الآخر فى الإجازة تبطل فائدة الخيار بالنسبة للثانى فكما مر أن الولىّ لايجب عليه مراعاة مصلحة الفرع فى الإجازة بل له الفسخ عن نفسه وإن أضرّ بالفرع فكذلك هنا (قوله وبيع جمد) أى وإن أسرع إليه الفساد وأدى ذلك إلى تلفه ، وسيأتى عن سم على حج مايفيده مع الفرق بينه وبين خيار الشرط (قوله لخبر البيعان) أى المتبايعان (قوله مالم يتفرقا) أى من مكانهما بدليل قصة ابن عمر راوى الخبر اه سم على منهج (قوله وهو لايصح) بخط شيخنا البرلسى بهامش المحلى مانصه : المعنى على العطف أن الخيار ثابت لهما مدة انتفاء التفرق أو مدة انتفاء قول أحدهما للآخر اختر فيقتضى ثبوته فى الأولى وإن انتفت الحالة الثانية بأن قال أحدهما للآخر اختر وثبوته فى الثانية وإن انتفت الأولى بأن تفرقا ، والتخلص منهما بما قاله النووى رحمه الله تعالى : هكذا ظهر لى فى فهم هذا المحل فليتأمل اه . أقول : يرد على ذلك ماقرره الرضى وغيره من أن العطف بأو بعد النفى يكون نفيا لكل من المتعاطفات لا لأحدهما ، ويجاب بأن هذا بحسب الاستعمال ، وإلا فقضية أصل وضع اللغة أن النفى لأحدهما كما اعترف نفس الرضى بذلك ، وحينئذ فما قاله النووى لايتوجه عليه إشكال لابحسب أصل اللغة ولا بحسب استعمالها فيتأمل اه سم على منهج (قوله من عدم التفرق الخ) قال حج ولم يبال بهذا الإيهام شراح البخارى حيث جوّزوا فى رواية مالم يتفرقا أو يخير أحدهما الآخر نصب الراء وجزمها اه (قوله لامغايرته) أى القول : وقوله له : أى التفرق (قوله بعدم القول مع التفرق) فى نسخة بوجود القول مع الخ ، وكتب سم عليها : ينبغى مع عدم التفرق اه سم على حج . ثم رأيت فى نسخة صحيحة : مع عدم التفرق لكنها لاتناسب النسخة التى صورتها بعدم القول ، وإنما تناسب نسخة بوجود الخ (قوله وزعم نسخه) أى الخبر (قوله لأن جلّ عملهم) فى حج إسقاط جلّ وهو أولى لأن عملهم لايثبت به نفسه نسخ أصلا ، ولو اتفق نسخه فى موضع بعمل أهل المدينة ظاهرا كان النسخ فى الحقيقة بغيره غايته أن ذلك الغير وافق عمل أهل المدينة أو أن عملهم

الشارح جعل أنواع البيع فى كلام المصنف بإدخاله لفظ نحو عليه مثالا للمعاوضة المحضة لا لما يثبت فيه الخيار ، فمن النحو حينئذ الإجارة ، ولا يخفى ما فيه

به (كالصرف وبيع الطعام بالطعام) وما استشكل به ثبوت الخيار فى الصرف مع أن القصد به تروّى العاقد فى اختيار الأفضل له . والمماثلة شرط فى الربوى فالأمران مستويان ، فإذا قطع بانتفاء العلة فكيف يثبت الخيار ؟ يرد بما علم مما مرّ أن القصد بثبوت الخيار هنا مجرد التشهى ، على أن هذا غفلة عما مر فيها المعلوم منه أنها لاتمنع أن أحدهما أفضل (والسلم والتولية والتشريك) لشمول اسم البيع لها ، ولو باع العبد من نفسه لم يثبت له خيار كما فى المجموع ولا لسيده خلافا للزركشى ، ولا يرد ذلك لأن هذا عقد عتاقة لابيع ، وينبغى أن يلحق به البيع الضمنى لأنه لابد فيه من تقدير دخوله فى ملك المشترى قبل العتق ، وذلك زمن لطيف لايتأتى معه تقدير آخر فالخيار فيه غير ممكن . قاله الزركشى ، ويثبت أيضا فى قسمة الرد فقط دون قسمىّ الإفراز والتعديل ولو بالتراضى لأن الممتنع عنه مجبر عليه (وصلح المعاوضة) على غير منفعة ، بخلاف صلح الحطيطة فإنه فى الدين إبراء وفى العين هبة . أما صلح المعاوضة على منفعة فإجارة ، ولا يرد عليه لما سيأتى فى كلامه من عدم الخيار فيها وعلى دم العمد فلا يرد أيضا لأنه معاوضة غير محضة ، وقد علم من سياقه أنه لاخيار فيها (ولو اشترى من يعتق عليه) كأصله أو فرعه (فإن قلنا) فيما إذا كان الخيار لهما (الملك فى زمن الخيار للبائع) وهو مرجوح (أو موقوف) وهو الأصح

مستند إليه (قوله كالصرف) هو بيع النقد بالنقد مضروبا أو غير مضروب (قوله شرط فى الربوى) أى بشرط اتحاد الجنس لأنه هو الذى يتوجه عليه السؤال (قوله بثبوت الخيار هنا) وأيضا فقد يتعلق الغرض بالمفضول أو المساوى اهـ سم على حج (قوله عما مرّ فيها) أى المماثلة (قوله لاتمنع أن أحدهما) أى أحد الربويين (قوله أفضل) أى إذ العبرة فيها بالمساواة بالكيل فى المكيل والوزن فى الموزون وإن اختلفا جودة ورداءة (قوله وينبغى أن يلحق به الخ) جزم بهذا شيخ الإسلام فى متن منهجه وصريح الشارح أنه بحث للزركشى ، وعليه فاللائق نسبته له كما فعل الشارح فإن الجزم به كما فى المنهج يوهم أنه كلام الأصحاب ، وما فى المنهج من الجزم يوافقه ما فى حج حيث قال ومثله : أى بيع العبد من نفسه البيع الضمنى اهـ (قوله البيع الضمنى) ومثله الحوالة فلا خيار فيها وإن قلنا هى بيع لأنها رخصة فلا يناسبها ثبوت الخيار اهـ متن منهج بالمعنى وعبارة المحلى : ولاخيار فى الحوالة على الأصح (قوله تقدير آخر) أى زمن آخر يتمكن فيه أحدهما من الفسخ أو الإجازة (قوله لأن الممتنع منه) أى كل من قسمىّ الإفراز والتعديل (قوله مجبر عليه) يعنى أنه لو امتنع أحد الشريكين من القسمة أجبر عليها فى الإفراز والتعديل فلا ينافى امتناع الخيار فيما لو رفعت بالتراضى (قوله وصلح المعاوضة) كأن يصالحه على دار بعبد (قوله على غير منفعة) أى أو نحوها مما ليس بيعا لكونه خلعا (قوله بخلاف صلح الحطيطة) هى الصلح من الشىء على بعضه دينا كان أو عينا (قوله أو عدم الخيار فيها) أى الإجارة (قوله وعلى دم العمد) عطف على قوله على منفعة (قوله وقد علم من سياقه) أى حيث عبر بأنواع البيع (قوله أنه لاخيار فيها) أى فى المعاوضة الغير المحضة (قوله ولو اشترى من يعتق عليه الخ) .

[فرع] وقع السؤال عما لو قال لشخص إن اشتريت عبدك أو ملكته فهو حرّ ، وقال العبد إن اشتريتك فأنت حرّ هل يعتق عليه إذا ملكه نظرا لتشوّف الشارع للعتق أولا قياسا على مالو قال لامرأة إن تزوّجتك فأنت طالق لأن شرط صحة كل منهما أن يكون المحل مملوكا له ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى . ثم رأيت فى حج فى كتاب الطلاق فى فصل خطاب الأجنبية وتعليقه لغو : أى إجماعا فى المنجز ، إلى أن قال : وتعليق العتق بالملك باطل كذلك اهـ . وبقى ما لو قال لعبده إن بعتك بيعا صحيحا فأنت حرّ فباعه كذلك فهل يعتق أو لا ؟ فيه نظر أيضا ، والأقرب العتق عقب العقد كما لو نجزه فى خيار المجلس وينفسخ به العقد ، ثم رأيته فى الخطيب على هذا الكتاب ،

(فلهما الخيار) لوجود المقتضى بلا مانع (وإن قلنا الملك للمشترى) على الضعيف (تخير البائع) إذ لامانع أيضا هنا بالنسبة إليه (دونه) إذ قضية ملكه له عدم تمكنه من إزالته وأن يترتب عليه العتق حالا ، فلما تعذر الثانى لحق البائع بقى الأول وباللزوم يتبين عتقه عليه وإن كان للبائع حق الحبس (ولا خيار فى) عقد جائز ولو من طرف كرهن . نعم لو شرطه فى بيع وأقبضه قبل التفرق أمكن فسخه بأن يفسخ البيع فيفسخ هو تبعا ،

وعبارته : إذا قال لعبده مثلا إذا بعتك فأنت حرّ فباعه بشرط نفى خيار المجلس بطل البيع لأنه ينافى مقتضاه ، بخلاف ما إذا لم يشرطه فإنه يعتق لأن عتق البائع فى زمن الخيار نافذ اهـ .

[فرع] لو قال: بعتك هذا العبد بشرط أن تعتقه فقال اشتريت فهل يثبت للمشترى خيار المجلس أم لا؟فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن فى ثبوته له تفويتا للشرط الذى شرطه .

[فرع] لو قال : إن بعتك فأنت حرّ ثم باعه صح البيع وعتق عليه فورا لأنه يقدر دخوله فى ملك المشترى فى زمن لطيف نظير ماقدمه الشارح فى البيع الضمنى ، بخلاف مالو قال إن اشتريتك فأنت حر فإنه لايعتق على القائل بالشراء لأنه لايملك تعليقه حين الإتيان بالصيغة (قوله فلهما الخيار) بخلاف ما لو اشترى من أقرّ بحريته يثبت للبائع ولا يثبت للمشترى لأنه من جهته افتداء اهـ سم على منهج . ومثله من شهد بحريته وردت شهادته (قوله لوجود المقتضى) أى وهو مجلس العقد (قوله فلما تعذر الثانى) هو قوله وأن يترتب عليه العتق بقى الأوّل : أى عدم التمكن من الفسخ (قوله يتبين عتقه عليه) أى من حين العقد (قوله وإن كان للبائع حق الحبس) أى فلا يكون حق الحبس مانعا من نفوذ العتق ومعلوم أنه حيث عتق امتنع على البائع حبسه ، وعليه فيكون هذا مستثنى مما يثبت فيه حق الحبس للبائع ، وقد يوجه بأن بيعه لمن يعتق عليه قرينة على الرضا بتأخير قبض الثمن كالبيع بمؤجل ثم ماتقرّر من العتق قبل توفية الثمن . قال الأذرعى : هو مقتضى إطلاقهم ، ونقل السبكى عن الجورى أنه لايعتق إلا بعد توفية الثمن ، لكن نقل سم على منهج عن الشارح اعتماد العتق ، هذا وقد استشكل ع تبين العتق من حين العقد بناء على أن الملك فيه للبائع بأنه يلزم عتقه على المشترى قبل دخوله فى ملكه اهـ . وقد يجاب عنه بأن ملك البائع لما كان مزلزلا وآيلا للزوم بنفسه مع تشوّف الشارع للعتق نزلناه منزلة العدم . ونقل عن شيخنا الحلبى مايوافقه . ثم رأيت فى كلام الشارح بعد قول المصنف الآتى والأصح أن العرض على البيع الخ مايصرّح به حيث قال لأن العتق الخ ، لكن يرد على هذا الجواب الزوائد حيث جعلوها للبائع فينافى كون ملكه مزلزلا ، إلا أن يقال : لما كان الشارع ناظرا للعتق ما أمكن راعوه ، ولا يضرّ تبعيض الأحكام حينئذ، فبالنسبة لتبين العتق يلحق باللازم وبالنسبة لملك الزوائد يستصحب الملك السابق على العقد حتى يوجد ناقل له قوىّ ، ووقع لهم تبعيض الأحكام فى مسائل متعددة منها مالو استلحق أبوه زوجته ولم يصدقه الزوج فيجوز له وطؤها ولا تنقض وضوءه

(قوله نعم لو شرطه فى بيع الخ) عبارة شرح الروض بعد قول المتن ولا يثبت فى العقود الجائزة من الجانبين كالشركة أو من أحدهما كالكتابة والرهن نصها : لأنها ليست بيعا ، ولأن الجائز فى حقه بالخيار أبدا فلا معنى لثبوته له ، والآخر وطن نفسه على الغبن المقصود دفعه بالخيار ،ولكن لوكان الرهن مشروطا فى بيع الخ فالاستدراك فى كلامه بالنسبة لما اقتضته العلة من أن اللازم فى حقه لايثبت له خيار فلا يتمكن من الفسخ

وضمان ووكالة وقرض وشركة وعارية ووقف وعتق وطلاق إذ لايحتاج له فيه ولا فى (الإبراء) لأنه لامعاوضة فيه (والنكاح) إذ المعاوضة فيه غير محضة (والهبة بلا ثواب) لانتفاء المعاوضة (وكذا) الهبة (ذات الثواب) لايثبت الخيار فيها لأنها لاتسمى بيعا ، والمعتمد ثبوت الخيار فيها ولو قبل القبض لأنها بيع حقيقى (والشفعة) لأن الخيار فيما يثبت ملكه بالاختيار فلا معنى لإثباته فيما ملك بالقهر والإجبار (و) كذا (الإجارة) بسائر أنواعها على المعتمد لأنها لاتسمى بيعا ولفوات المنفعة بمضىّ الزمن فألزمنا العقد لئلا يتلف جزء من المعقود عليه لا فى مقابلة العوض ، ولأنها لكونها على معدوم وهو المنفعة عقد غرر والخيار غرر فلا يجتمعان ، ويفرق بين إجارة الذمة والسلم بأنه يسمى بيعا بخلافها ، وبأن المعقود عليه يتصوّر وجوده فى الخارج غير فائت منه شىء بمضىّ الزمن فكان أقوى وأدفع للغرر منه فى إجارة الذمة وبينها وبين البيع الوارد على المنفعة كحق الممر بأنه لما عقد بلفظ البيع أعطى حكمه ، ومن ثم لو عقد بلفظ الإجارة لاخيار فيه فيما يظهر وما قاله القفال وطائفة من أن الخلاف فى الإجارة فى إجارة العين وأما إجارة الذمة كيثبت الخيار فيها قطعا ، ونقله الشارح وأقرّه طريقة ضعيفة (والمساقاة) كالإجارة (والصداق) لأن المعاوضة فيه غير محضة مع كونه غير مقصود بالذات وعوض الخلع مثله (فى الأصح) فى المسائل الخمس ومرّت الإشارة إلى ردّ مقابل كل منهما (وينقطع) خيار المجلس (بالتخاير) من

(قوله وضمان ووقف الخ) يتأمل مامعنى جوازه فيهما إلا أن يكون الجواز من جهة المضمون له بمعنى أن له إسقاط الضمان وإبراء الضامن ومن جهة الموقوف عليه المعين بمعنى أن له ردّ الوقف اهـ سم على حج . أقول : هذا لايرد على الشارح لأنه لم يدع ثبوت الخيار فيهما ، إلا أن يقال : إن نفيه فيهما فرع عن إمكانه وحيث لم يمكن فلا حاجة إليه ، وهذا إن أريد بالجواز ثبوت الخيار فإن أريد جواز العقد بمعنى عدم لزومه فلا إيراد ، وهذا كله بناء على أن الضمان وما بعده عطف على الرهن ولك أن تجعله عطفا على العقد بل هو الظاهر وعليه فلا إشكال (قوله وعتق) يتأمل معنى الجواز فى العتق والطلاق فإن الظاهر جعلهما من جملة العقد الجائز ، ويحتمل عطفهما على عقد جائز فيكون التقدير ولا خيار فى عتق ولا طلاق ولكن يبعده التعليل المذكور فى قوله إذ لايحتاج له فيه (قوله إذ لايحتاج له) أى الخيار (قوله فيه) أى العقد الجائز لكن يرد عليه الطلاق والعتق والوقف والأولى رجوع فيه لما ذكر من العقد وما عطف عليه من الضمان وغيره (قوله وكذا الهبة) ضعيف (قوله بسائر أنواعها) أى سواء كانت إجارة عين أو ذمة قدرت بزمان أو بمحل عمل ، وبهذا يتضح التعبير بالأنواع فلا يقال إن الإجارة نوعان فقط وهما الذمة والعين (قوله لأنها لاتسمى بيعا) متأت هذا التعليل فى سائر أنواعها (قوله ولفوات المنفعة) لايتأتى فى المقدرة بمحل العمل فبعض التعاليل عام وبعضه خاص (قوله ولأنها الخ) مثل الأول فى جريانه فى سائر أنواعها (قوله وجوده فى الخارج) هذا لايتأتى فى السلم فى المنافع مع ثبوت الخيار فيه ، فلعل المراد أن أن الغالب فى المسلم فيه كونه عينا لاتفوت بفوات الزمن (قوله كحق الممر) أى أو إجراء الماء أو وضع الجذوع على الجدار (قوله فى المسائل الخمس) ومقتضى قوله وعوض الخلع مثله أن الخلاف جار فيه أيضا وهو كذلك لكن بالنسبة للزوج فقط ، وعبارة عميرة قوله على الأصح الخ مقابله فى الخلع يقول بثبوت الخيار للزوج فقط ، فإذا فسخ وقع الطلاق رجعيا وسقط العوض (قوله وينقطع خيار المجلس بالتخاير) إلى أن قال وبالتفرق قال الشارح فى شرح العباب : وأفهم حصره القاطع فيما ذكر أن ركوب المشترى الدابة المبيعة لايقطع ، وهو أحد وجهين لاحتمال أن يكون لاختبارها . والثانى ينقطع لتصرفه ، والذى يتجه ترجيحه الأولى : ولاتسلم

(قوله ووقف وعتق وطلاق) معطوفات على عقد جائز لا على مدخول الكاف (قوله ولفوات المنفعة بمضىّ الزمن) أى فى المقدّرة بزمن) قوله فى المسائل الخمس) أى على مامر فى الهبة (قوله ومرت الإشارة إلى ردّ مقابل كل منهما)

العاقدين(بأن يختارا لزومه) أى العقد صريحا كتخايرنا وأمضيناه وأجزناه وأبطلنا الخيار وأفسدناه لأنه حقهما فسقط بإسقاطهما ، أو ضمنا بأن يتبايعا العوضين بعد قبضهما فى المجلس إذ ذلك متضمن للرضا بلزوم الأول فلا ترد هذه الصورة على مفهوم كلام المصنف (فلو اختار أحدهما)لزومه (سقط حقه وبقى)الخيار (للآخر) كخيار الشرط ، وقول أحدهما اخترت أو خيرتك يقطع خياره لرضاه بلزومه لا خيار المخاطب مالم يقل اخترت إذ السكوت غير متضمن للرضا ، ولو أجازا فى الربوى قبل التقابض بطل وإن تقابضا قبل التفرق على الأصح كما مر فى بابه (و) ينقطع أيضا بمفارقة متولى طرفى عقد لمجلسه (وبالتفرق ببدنهما) ولو من أحدهما ناسيا أو جاهلا لا بروحهما كما يأتى فى الموت لخبر البيهقى «البيعان بالخيار حتى يتفرقا من مكانهما » وصح عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان إذا باع قام فمشى هنيهة ثم رجع . لايقال : قضية ذلك حل الفراق خشية أن يستقيله صاحبه وقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « البيعان بالخيار مالم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه

أن مثل هذا التصرف يقطعه ويقاس بالمذكور ما فى معناه اه سم على حج (قوله بأن يتبايعا العوضين) قضيته أنه لاينقطع بتبايع أحد العوضين كأن أخذ البائع المبيع من المشترى بغير الثمن الذى قبضه منه ، وقد مر أن تصرف أحد العاقدين مع الآخر إجازة وذلك يقتضى انقطاع الخيار بما ذكر ، فلعل قوله العوضين مجرد تصوير ، وينبغى أن يكون من كناياته أحببت العقد أو كرهته (قوله إذ ذاك) أى التبايع (قوله على مفهوم كلام المصنف) وهو قوله بالتخاير وبالتفرق (قوله وقول أحدهما اخترت) لو قال أجزت فى النصف وفسخت فى النصف غلب الفسخ ، قاله القاضى وغيره ، وإن قال أجزت أو فسخت بالتردد أو عكس ذلك عمل بالأول على الأقرب من الاحتمالات ولم أر فيها نقلا اه من شرح العباب سم على حج . وبقى مالو قال أجزت فى النصف أو قال فسخت فى النصف وسكت عن النصف الآخر ، والذى يظهر فى الثانية أنه ينفسخ فى الكل لأنه إن كان المعنى فسخت فى النصف أولا وفى النصف الآخر ثانيا فالانفساخ فى الكل ظاهر ، وإن كان المعنى فسخت فى النصف وأجزت فى الآخر فقد تقدم أنه ينفسخ فى الكل تغليبا للفسخ . وأما فى الأولى فيحتمل أن يراجع ، فإن قال أردت الإجازة فى النصف والفسخ فى الباقى انفسخ فى الكل ، وإن قال أردت الإجازة فى النصف الأول مثلا وفى الثانى أيضا نفذت الإجازة وإن لم يعلم له حال بأن تعذرت مراجعته لعاما قاله لتعارض الأمرين فى حقه وبقى الخيار عملا بالأصل (قوله وينقطع أيضا بمفارقته الخ) كان الأولى تأخيره عن قول المصنف وبالتفرق الخ ، وإنما ذكره دفعا لما يتوهم من أن خياره إنما ينقطع بالقول لأن مفارقة محله كمفارقة العاقدين من المجلس وهو لا يقطع الخيار وإن تماشيا منازل كما يأتى (قوله وبالتفرق ببدنهما) .

[فرع] كاتب بالبيع غائبا امتد خيار المكتوب إليه مجلس بلوغ الخبر ، وامتد خيار الكاتب إلى مفارقته المجلس الذى يكون فيه عند وصول الخبر للمكتوب إليه مر . وفى فتاوى الشارح نقل ذلك عن البلقينى فى حواشى الروضة خلافا لظاهر الروضة اه سم على حج . وسيأتى فى كلام الشارح مايقتضى خلافه من امتداد خيار الكاتب إلى انقطاع خيار المكتوب إليه ، ويوافقه قول شيخنا الزيادى لو فارق الحى مجلسه لم ينقطع خياره كما فى الكتابة لغائب لا ينقطع خيار الكاتب إلا بمفارقة المكتوب إليه ، فكذا هنا على المعتمد خلافا لما فى شرح الروض (قوله هنيهة) أى قليلا (قوله لايقال قضية ذلك) أى فعل ابن عمر (قوله إلا أن تكون صفقة خيار) أى مشروط

أى بناء على ظاهر المتن وإن كان قد تقدم تعقبه فى الهبة ذات الثواب (قوله وقول أحدهما اخترت) عبارة التحفة : اختر من غير تاء بصيغة الأمر (قوله لايقال) التعبير هنا بلا يقال فيه حزازة إذ كونه قضية فعل ابن عمر ماذكر ،

خشية أن يستقيله ». لأنا نقول: الحل في الخبر محمول على الإباحة المستوية الطرفين ومحل البطلان بما مر عند تفرقهما بالاختيار ، فلو حمل أحدهما مكرها بغير حق بقى خياره وإن لم يسد فمه وكان المبيع ربويا على الأصح لانتفاء فعله لاخيار صاحبه إن لم يتبعه مالم يمنع من الخروج معه وإلا بقى ، وإن هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر بطل خيارهما مطلقا لتمكن غير الهارب من الفسخ بالقول مع انتفاء العذر ، بخلاف المكره فكأنه لا فعل له ، ويؤخذ من تعليلهم بتمكنه من الفسخ أن غير الهارب لو كان نائما مثلا لم يبطل خياره ويحتمل خلافه ، وعند لحوقه لابد أن يلحقه قبل انتهائه إلى مسافة يحصل بمثلها المفارقة عادة ، وإلا سقط خياره لحصول التفرق حينئذ كما في البسيط ، ويحمل عليه مانقله في الكفاية عن القاضي من ضبطه بفوق مابين الصفين ، ولا يبطل البيع بعزل الموكل وكيله أو انعزاله

في العقد (قوله المستوية الطرفين) أى فتكون المفارقة بقصد ذلك مكروهة ، ولا يلزم منه أن فعل ابن عمر كان مكروها لجواز أن لاتكون مفارقته لذلك بل لغرض جواز التصرف فيه (قوله بقى خياره) فلو زال الإكراه كان موضع زوال الإكراه كمجلس العقد فإن انتقل منه إلى غيره بحيث يعد مفارقا له انقطع خياره ، ومحله كما هو ظاهر حيث زال الإكراه في محل يمكنه المكث فيه عادة ، أما لو زال وهو في محل لايمكن المكث فيه عادة كلجة ماء لم ينقطع خياره بمفارقته لأنه في حكم المكره على الانتقال منه لعدم صلاحية محله للجلوس ، وعليه فلو كان أحد الشاطئين للبحر أقرب من الآخر فهل يلزم قصده حيث لامانع أولا ويجوز له التوجه إلى أيهما شاء ولو بعد ؟ فيه نظر ، وقياس مالو كان لمقصده طريقان طويل وقصير فسلك الطويل لا لغرض حيث كان الأظهر فيه عدم الترخص انقطاع خياره هنا فليراجع وليتأمل (قوله وكان المبيع)من جملة الغاية (قوله لاخيار) أى فلا يبقى (قوله وإلا بقى) وانظر مالو زال إكراهه بعد هل يكلف الخروج عقب زوال الإكراه ليتبع صاحبه أولا ، ويغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء فيه نظر ، والأقرب الأول ، وينبغي أن محل انقطاع الخيار بعدم الخروج إذا عرف محله الذى ذهب إليه وإلا فينبغي أن لاينقطع خياره إلا بعد انقطاع خيار الهارب بناء على ماتقدم عن الشارح من أن الكاتب لاينقطع خياره إلا بانقطاع خيار المكتوب إليه (قوله وإن هرب أحدهما) أى مختارا أما لو هرب خوفا من سبع أو نار أو قاصد له بسيف مثلا فالظاهر أنه من القسم الأول وإن لم يكن في ذلك إكراه على خصوص المفارقة اه سم على منهج وينبغي أن مثل ذلك إجابة النبي صلى الله عليه وسلم فلا ينقطع بها الخيار إذا فارق مجلسه لها (قوله مع انتفاء العذر) أى من جانب الهارب (قوله أن غير الهارب لو كان نائما الخ) وخيار الملتصقين إنما ينقطع بالقول فقط لا بمفارقتهما مجلس العقد اه الخطيب . أقول : ولعل الفرق بينهما وبين متولى الطرفين حيث ينقطع خياره بمفارقته مجلسه مع أنه قائم مقام نفسه ومولیه أن مولیه مفارق له منفصل عنه حقيقة فكان قبوله عنه نيابة محضة ، فإذا فارق مجلسه نزل منزلة مفارقة مولیه لكون الحاصل عنه مجرد نيابة في الصيغة ، ولا كذلك الملتصقان فإنه لايمكن التفرق بينهما لاحقيقة ولا حكما (قوله لم يبطل خياره) معتمد (قوله بفوق مابين الصفين)

وكون قضية الخبر ماذكر فيه لامانع من كونه يقال فكان ينبغي أن يعترف بكون قضيته فعل ابن عمر ذلك ثم يقول ويشكل عليه قضية الخبر ثم يجيب بالحمل الذى ذكره (قوله خشية أن يستقيله) عبارة التحفة خشية من فسخ صاحبه فهو المراد في عبارة الشارح ، لكن الشارح إنما آثرها ليوافق لفظ الخبر (قوله إلا أن تكون صفقة خيار) الاستثناء من مفهوم قوله مالم يتفرقا : أى فإن تفرقا انقطع الخيار إلا أن تكون صفقة خيار ، أى بأن شرطاه (قوله ومحل البطلان) يعنى بطلان الخيار (قوله مطلقا) أى سواء منع الآخر من اتباعه أم لا (قوله نائما مثلا) أى كأن كان مغمى عليه لا مكرها لتمكنه من الفسخ بالقول (قوله ولا يبطل البيع بعزل الموكل الخ) وظاهر أنه

ى زمن الخيار خلافا للرويانى ومن تبعه ، والأوجه أن خيار الشرط فى ذلك كخيار المجلس إذ لافرق بينهما فى إلحاق الشروط كما صرحوا به (فلو طال مكثهما) فى المجلس (أوقاما وتماشيا منازل) وإن زادت المدة على ثلاثة أيام أو أعرضا عما يتعلق بالعقد (دام خيارهما) لانتفاء تفرقهما بأبدانهما (ويعتبر فى التفرق العرف) فإن كان فى سفينة أو مسجد أو دار صغيرة كل منها فبأن يخرج أحدهما منه أو يصعد السطح أو كبيرة فبالخروج من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى الصفة أو البيت ، وإن كانا فى سوق أو صحراء أو بيت متفاحش السعة فبأن يولى أحدهما صاحبه ظهره ويمشى قليلا ولو لم يبعد عن سماع خطابه . قال فى الأنوار : والمشى القليل مايكون بين الصفين : أى ثلاثة أذرع ولو كانا فى سفينة كبيرة فالنزول إلى الطبقة التحتانية تفرّق كالصعود إلى الفوقانية ، ولا يحصل التفرق بإقامة ستر ولو ببناء جدار بينهما لبقاء المجلس وإن كان بفعلهما أو أمرهما كما صححه والد الرويانى ، لأن التفرق بالأبدان ولم يوجد بينهما وإن وجد تفرق فى المكان خلافا للغزالى فى بسيطه والقاضى مجلى وذكر الإمام نحوه ، وادعى الأذرعى أنه المتجه ، ولو تناديا من بعد ببيع ثبت الخيار لهما وامتد مالم يفارق أحدهما مكانه ، فإن فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عدّ تفرقا بطل خيارهما ولو بقصد كل منهما جهة صاحبه خلافا لابن الرفعة ، وتقدم أوائل البيع بقاء خيار الكاتب إلى انقضاء خيار المكتوب إليه بمفارقته لمجلس قبوله

لحصول الفضيلة وهو ثلاثة أذرع (قوله خلافا للرويانى) جرى عليه حج حيث قال على ما فى البحر : ولم يتعقبه هنا لكن يؤخذ من قوله بعد إن الحق ينتقل بموت العاقد أو جنونه أو إغمائه للموكل عدم اعتماده ، وعليه فتستثنى هذه من قولهم الواقع فى مجلس العقد كالواقع فى صلبه وينتقل الخيار بذلك للموكل كما يأتى (قوله فى ذلك) أى فى عزل الموكل وكيله الخ (قوله لانتفاء تفرقهما) أى وعدم اختيار لزوم العقد (قوله كل) هو بالرفع فاعل صغيرة ، وقوله منها : أى من البقاع الثلاثة فلا يقال كيف وصف المسجد بوصف المؤنث مع كونه مذكرا (قوله فبأن يخرج أحدهما) ظاهره ولو كان البائع قريبا من الباب وهو ما فى الأنوار عن الإمام والغزالى اهـ سم على منهج ، ويظهر أن مثل ذلك مالو كانت إحدى رجليه داخل الدار معتمدا عليها فأخرجها اهـ (قوله أو يصعد السطح) أو شيئا مرتفعا فيها كنخلة مثلا ، ومثل ذلك مالو كان فيها بئر فنزلها فيما يظهر (قوله أو بيت متفاحش السعة) أى أو سفينة كبيرة (قوله فبأن يولى أحدهما صاحبه ظهره) وكذا لو مشى القهقرى أو إلى جهة صاحبه كما يأتى (قوله ولو ببناء جدار) خلافا لحج ، ويفرق بين ماهنا وما فى الأيمان من الحنث فيما لو حلف لايساكنه بأنه يعد مساكنا عرفا مدة البناء بفعله أو أمره ولا يعد مع انتفائهما ولا كذلك هنا (قوله خلافه لابن الرفعة) يظهر من كلام المحلى ترجيحه حيث قال مفارقة أحدهما الآخر ، وجرى عليه حج (قوله بمفارقته لمجلس قبوله) ظاهره وإن فارق الكاتب مجلسه بعد علمه ببلوغ الخبر للمكتوب إليه ، وعليه فلا يعتبر للكاتب مجلس أصلا ، ولكن قال سم على منهج نقلا عن الشارح بانقطاع خيار الكاتب إذا فارق مجلسا علم فيه بلوغ الخبر للمكتوب إليه اهـ . ويوافق الظاهر ماجزم به شيخنا الزيادى فى حاشيته من قوله كما فى الكتابة لغائب لاينقطع خيار الكاتب إلا بمفارقة

لاينقطع به الخيار بل ينتقل للموكل كما يأتى فى مسئلة الموت (قوله فبالخروج من البيت) وسيأتى الكلام على السفينة وأهمل مسئلة المسجد (قوله والمشى القليل مايكون بين الصفين) انظر لم لم يحمله هنا على العادة نظير مامر فى مسئلة لحوق الهارب

(ولو مات فى المجلس) كلاهما أو أحدهما (أو جن) أو أغمى عليه (فالأصح انتقاله إلى الوارث) ولو عاما (والولى) ولو حاكما والسيد فى المكاتب والمأذون والموكل كخيار الشرط بل أولى لثبوته بالعقد، وإنما قطعوا فى خيار الشرط بالانتقال لثبوته لغير المتعاقدين بالشرط ، بخلاف خيار المجلس سواء فى ذلك عقد الربا وغيره ، فإن كان الوارث طفلا أو مجنونا أو محجورا عليه بسفه نصب الحاكم من يفعل له مافيه مصلحته من فسخ وإجازة ، وعجز المكاتب كموته ، قاله فى المجموع ومقابل الأصح سقوط الخيار لأن مفارقة الحياة أولى به من مفارقة المكان ، فإن كان الوارث مثلا فى المجلس ثبت له مع العاقد الآخر الخيار وامتد إلى تفرقهما أو تخايرهما وإن كان غائبا ووصله الخبر فإلى مفارقة مجلس الخبر لأنه خليفة مورثه فيثبت له مثل مايثبت له ، ولو ورثه جماعة حضور فى مجلس العقد لم ينقطع خيارهم بفراق بعضهم له بل يمتد إلى مفارقة جميعهم لأنهم كلهم كمورثهم، وهو لاينقطع خياره إلا بمفارقة جميع بدنه ، أو غائبون عنه ثبت لهم الخيار وإن لم يجتمعوا فى مجلس واحد كما فى بعض نسخ الروض وهو المعول عليه ، ويثبت الخيار للعاقد الباقى مادام فى مجلس العقد سواء أكان الوارث الغائب واحدا أو متعددا ، وينفسخ العقد بفسخ بعضهم فى نصيبه أو فى الجميع وإن أجاز الباقون كما لو فسخ المورث فى البعض وأجاز فى البعض ، ولا يبعض الفسخ للإضرار بالحى ولا يرد عليه مالو مات مورثهم واطلعوا على عيب

المكتوب إليه ، فكذا هنا على المعتمد خلافه لوالد الرويانى (قوله أو جن أو أغمى عليه) هل يقيد فى الإغماء بما إذا لم يرج زواله عن قرب وإلا انتظر ولم يقم مقامه كما فى ولاية النكاح ، فيه نظر ، واحتمل مر الانتظار فانظر لو جن الأجنبى هل ينتقل لمن أقامه كموته ينبغى . نعم فليراجع اه سم على منهج . وقول سم الأجنبى : أى الذى شرط له الخيار (قوله فالأصح انتقاله إلى الوارث) شامل لما إذا كان الثمن مؤجلا فحل بالموت وهو ظاهر، وأما ماذكره بعضهم من عدم انتقال الخيار حينئذ فالظاهر أنه مردود اه سم على حج . ووجه الرد أنه لامنافاة بين حلول الدين وانتقال الخيار (قوله ولو عاما) كبيت المال (قوله والولى ولو حاكما) أى سواء كان الولى حاكما أو لا كالأب والجد ، وعليه فلو كان العاقد وليا ومات فى المجلس ولم يكمل المولى عليه فينبغى انتقاله لمن له الولاية بعده من حاكم أو غيره ، ثم رأيت مايأتى فى خيار الشرط اه سم على حج وأراد به مانقلناه عنه فيما يأتى من قوله ظاهره الخ (قوله والموكل) أى فإنه ينتقل إليه بموت الوكيل أو جنونه . وبقى مالو عزله الموكل وقلنا لايبطل به البيع وهو المعتمد كما مر ، فهل ينتقل إلى الموكل أو يبقى للوكيل أو ينقطع ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الأول لأنه بعزله منعه من التصرف ومنه الفسخ والإجازة ولم يوجد مايبطل الخيار فأشبه جنون الوكيل (قوله نصب الحاكم من يفعل له) ينبغى أن محله حيث لم تثبت الولاية عليه لغير الحاكم كما لو مات الأب عن طفل مع وجود الجد أو عن وصى أقامه الأب أو الجد قبل موتهما (قوله وعجز المكاتب) أى بأن فسخ الكتابة هو أو سيده بعد حلول النجم (قوله كموته) أى فينتقل الخيار لسيده (قوله للعاقد الباقى) أى الحى (قوله مادام فى مجلس العقد) أى فإن فارقه انقطع خياره وبقى الخيار لوارث الآخر فليس حكم موت أحدهما كالحكم فيما لو كتب لغائب لبقاء خيار الكاتب لانقطاع خيار المكتوب إليه ، وفى حاشية شيخنا الزيادى : التسوية بين المسئلتين فى عدم انقطاع الخيار بمفارقة المجلس (قوله بفسخ بعضهم) أى الورثة (قوله أو فى الجميع) تعميم (قوله للإضرار بالحى) أى لأن من شأنه ذلك

(قوله نصب الحاكم من يفعل الخ)وظاهر أن محله حيث لا ولى له خاص(قولهوإن لم يجتمعوا فى مجلس واحد) وانظر بماذا ينقطع خيارهم .

بالمبيع ففسخ بعضهم لاينفسخ لأن الضرر ثم جابرا وهو الأرش ولا جابر له هنا وحاصله أن فسخ بعضهم ينفسخ به العقد هنا وهناك لاينفسخ به شيء ، ولو أجاز الوارث أو فسخ قبل علمه بموت مورثه نفذ كل منهما على المعتمد بناء على مالو باع مال مورثه ظانا حياته وإن قال الإمام الوجه نفوذ فسخه دون إجازته ، ولو خرس أحد العاقدين ولم تفهم له إشارة ولا كناية نصب الحاكم نائبا عنه كما لو جن وإن كانت الإجازة ممكنة منه بالتفرق وليس هذا محجورا عليه وإنما ناب الحاكم عنه فيما تعذر منه بالقول ، أما لو فهمت إشارته أو كان له كتابة فهو على خياره ولو اشترى الولى لطفله شيئا فبلغ قبل التفرق رشيدا لم ينتقل الخيار إليه لعدم أهليته حال البيع ، وفى بقائه للولى وجهان : أوجههما نعم استصحابا لما كان ويجريان فى خيار الشرط (ولو) جاءآ معا و (تنازعا فى) أصل (التفرق) قبل مجيئهما (أو) معا أو مرتبا و اتفقا على التفرق ولكن تنازعا فى (الفسخ قبله صدق النافى) للتفرق فى الأولى وللفسخ فى الثانية (بيمينه) لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ .

فصل فى خيار الشرط وما يتبعه

(لهما) أى العاقدين بأن يتلفظ كل منهما بالشرط (ولأحدهما) على التعيين لا الإبهام بأن يتلفظ هو به إذا كان هو المبتدئ بالإيجاب أو القبول ويوافقه الآخر من غير تلفظ به فلا اعتراض حينئذ على قوله ولأحدهما بل ولا يستغنى عنه وإن زعمه بعضهم ، أما لو شرط من تأخر قبوله أو إيجابه بطل العقد والشرط لانتفاء المطابقة (شرط الخيار) لهما ولأحدهما ولأجنبي كالقن المبيع اتحد المشروط له أو تعدد ولو مع شرط أن أحدهما يوقعه لأحد الشارطين والآخر للآخر ، والأوجه كما قاله الزركشى اشتراط تكليف الأجنبي

فلا أثر لرضاه به بعد لأنه بفسخ البعض انفسخ فلا يعود إلا بعقد جديد (قوله ففسخ بعضهم لاينفسخ) أى فى الجميع ، ثم رأيت فى شرح العباب التصريح به خلافا لما يوهمه شرح الروض ، وسيأتى فى كلام الشارح التصريح بأنه لاينفسخ فى شيء منه (قوله لأن للضرر ثم جابرا) أى فى قوله واطلعوا على عيب (قوله ولا جابر له هنا) فى قوله وينفسخ العقد بفسخ بعضهم الخ (قوله وهناك لايفسخ به شيء) أى لا من حصته ولا حصة غيره اهـ سم على حج (قوله أوجههما نعم) قال سم على منهج بعد مثل ماذكر . وينبغى وفاقا مر فيما لو عقد لمجنون ثم أفاق أن يبقى للولى ، بخلاف مالو جن العاقد وخلفه وليه ثم أفاق قبل فراغ الخيار فإنه يعود إليه ولا يبقى للولى (قوله صدق النافى) أى فالخيار باق له .

(فصل) فى خيار الشرط

(قوله وما يتبعه) كبيان من له الملك فى زمن الخيار وحل الوطء (قوله لهما) بيان للمشروط له (قوله ولأجنبى) الواو بمعنى أو (قوله كالقن) مثال للأجنبي (قوله تكليف الأجنبي) ولا يشترط معرفته بالمعقود عليه

(فصل) فى خيار الشرط

(قوله على التعيين لا الابهام الخ) كذا فى نسخ ، وهو كذلك فى التحفة وهو ساقط من بعض نسخ الشارح ، ومعناه : أن المصنف أراد بالأحد الأحد المعين وهو المبتدئ ، ولم يرد الأحد الدائر الصادق بالمتأخر (قوله لانتفاء المطابقة) به يندفع ماقد يقال لم يبطل العقد مع أنه لو شرط ذلك ولو بعد العقد قبل لزومه لحق فذكره ولو من المتأخر لايضر (قوله ولو مع شرط أن أحدهما يوقعه الخ) أى أثر الخيار من الفسخ أو الإجازة

لا رشده ، وأنه لايلزمه فعل الأحظ بناء على أن شرط الخيار تمليك له وهو الأقرب ، وأن قوله على أن أشاور صحيح ويكون شارطا الخيار لنفسه كما أفاده الأذرعي (فى أنواع البيع) التى يثبت فيها خيار المجلس إجماعا لما روي أن حبان بفتح أوله وبالموحدة ابن منقد أو منقذ بالمعجمة والده روايتان وهما صحابيان كان يخدع فى البيوع ، فأرشده صلى الله عليه وسلم إلى أنه يقول عند البيع لاخلابة ، وأعلمه بأنه متى قال ذلك كان له خيار ثلاث ليال ومعناها وهى بكسر المعجمة وبالموحدة لاغبن ولا خديعة ، ولهذا اشتهرت فى الشرع لاشتراط الخيار ثلاثا ، فإن ذكرت وعلما معناها ثبت ثلاثا وإلا فلا ، ويجوز التفاضل فيه كأن شرط لأحدهما خيار يوم وللآخر يومين أو ثلاثة ، ولو شرط خيار يوم

ولا رؤيته له ، ويشترط أيضا أن يضيفه إلى كله ، فلو أضافه إلى جزئه لم يصح مالم يرد بالجزء الكل كما تقدم عن سم على حج (قوله لا رشده) هو ظاهر إن كان العاقد يتصرف عن نفسه ، أما لو انصرف عن غيره كأن كان وليا ففى صحة شرطه لغير الرشيد نظر لعدم علمه بما فيه المصلحة . لايقال : إذا تصرف عن غيره لم يجز شرطه لأجنبى . لأنا نقول : محل امتناع شرطه لأجنبى مالم يأذن المالك ، وعليه فلو كان المالك موكلا وأذن الوكيل فى شرطه لأجنبى ولم يعينه اشترط فيمن يشترط له الوكيل كونه رشيدا وإن كان الأجنبى المشروط له الخيار لاتجب عليه رعاية الأحظ لكن الوكيل لما لم يجز له التصرف إلا بالمصلحة اشترط لصحة تصرفه أن لايأذن إلا لرشيد ، ثم ماجرى عليه الشارح جرى عليه حج هنا ، لكن خالفه فى شرح العباب حيث قال بعد كلام قرره : وعلم اتجاه اشتراط رشده لأن كلا من التمليك والتوكيل فى العقود المالية يتوقف عليه ، وبهذا يندفع مامر عن الزركشى من اشتراط بلوغه فقط قياسا على المعلق بمشيئته الطلاق اه سم عليه . أما اشتراط البلوغ فلأن الإجازة والفسخ تصرف ، وكلاهما لايصح إلا من البالغ لأن الصبى لايصح تصرفه ، وأما عدم اشتراط الرشد فلانه أمر تابع فليتأمل سم على منهج (قوله وأنه لايلزمه) أى الأجنبى (قوله فعل الأحظ) قال فى الروض : ولا يفعل الوكيل إلا مافيه حظ الموكل بخلاف الأجنبى اه . وقوله تمليك له قضية أنه لو عزل نفسه لم ينعزل ، وبه صرح البغوى والغزالى وجزم به فى العباب اه سم على حج . وقضيته إطلاقهم أنه لايشترط فى الأجنبى القبول ولا يرتد برده فليراجع ، لكن فى حج مانصه : وعليه أى على كون شرطه للأجنبى تمليكا له يكفى عدل الرد فيما يظهر ، ومفهومه أنه يرتد برده وهو ظاهر كسائر أنواع التمليك فإنه لابد فيها من القبول حقيقة أو حكما (قوله تمليك له) أى للأجنبى (قوله وأن قوله) أى العاقد (قوله ويكون شارطا الخيار لنفسه) ومعلوم أنه يشترط لصحة شرط الخيار بيان المدة فلابد من بيانها وإلا بطل العقد ، وفى حج مايصرح به حيث قال بعد قول الشارح أن أشاور يوما مثلا اه ، ولعله أسقط ذلك للعلم به مما يأتى من اشتراط كون المدة معلومة (قوله والده) بدل من منقذ أو عطف بيان عليه اه سم على حج (قوله كان) أى كل منهما (قوله ومعناها) أى فى الأصل (قوله ولا خديعة) عطف تفسير (قوله وإلا فلا) قضيته صحة البيع وسقوط الخيار ، والمتجه عدم صحة البيع اه سم على حج . ووجه اشتماله على اشتراط أمر مجهول . وفى سم على حج مانصه بعد كلام ذكره : لكن عبر فى العباب بقوله فإن أطلقها المتبايعان صح البيع وخيرا ثلاثا إن علم معناها وإلا بطل اه : أى وإلا بطل البيع كما صرح به الشارع فى شرحه على وفق المتبادر من عبارته قال : كما لو شرط خيارا مجهولا اه (قوله ويجوز التفاضل فيه) أى الخيار (قوله وللآخر يومين) أى ويكون اليوم الأول مشتركا بينهما وما بعده مختص بمن شرط له ، وعليه فلو شرط اليوم الأول لأحدهما وما بعده للآخر لم يصح كما سنذكره

(قوله على أن أشاور) أى وعين مدة معلومة (قوله وإلا فلا) قضيته صحة البيع وسقوط الخيار لكن الذى فى العباب بطلان

فمات أحدهما فى أثنائه فزاد وارثه مع الآخر خيار يوم آخر جاز . قال الروياني : وما اعترضت به عبارة المصنف من عدم تبيينه المشروط له الخيار فصارت موهمة غير صحيح ، إذ من قواعدهم أن حذف المعمول مؤذن بالعموم كما تفيد عبارته أيضا بهذا الاعتبار صحة شرطه لكافر فى مبيع مسلم ولمحرم فى صيد لانتفاء الإذلال والاستيلاء فى مجرد الإجازة والفسخ وهو ماذهب إليه الروياني مخالفا لوالده فيه ، ويمكن الجواب أيضا عما اعترض به قوله لهما ولأحدهما الخ من استقلال أحدهما به بأن شرط الخيار مبتدأ خبره قوله فى أنواع البيع ، وقوله لهما ولأحدهما متعلق بالخيار ولو شرطه لأجنبي لم يثبت لمن شرطه له مالم يمت الأجنبي فى زمنه فينتقل لشارطه ولو وكيلا ، ولو مات العاقد انتقل لوارثه إلا أن يكون وليا فللحاكم كما لايخفى ، أو وكيلا فلموكله ،

(قوله فزاد وارثه مع الآخر خيار يوم آخر) أى مثلا والشرط أن لايزيد مجموع ماشرطه العاقد ووارثه على ثلاثة أيام .

[فرع] فإن خصص أحد العبدين لابعينه بالخيار أو بزيادة فيه لم يصح ، فإذا عينه صح : أى فى العقد وإذا شرطه فيهما لم يكن له رد أحدهما ولو تلف الآخر اه . والمفهوم من صحة تخصيص أحد العبدين بعينه بالخيار أن له فسخ البيع فيه دون الآخر ، وهذا مفهوم أيضا من قوله وإذا شرط فيهما لم يكن له رد أحدهما ، فهذا مما يجوز فيه تفريق الصفقة على البائع لأنه لما رضى بتخصيص بعض المبيع بشرط الخيار كان ذلك رضا منه بالتفريق (قوله فصارت موهمة) أى حيث لم يبين المشروط له ، ففيه إجمال من جهة احتمال أن المراد أنهما يشرطانه لهما لا لأحدهما مثلا أو لا لأجنبي (قوله غير صحيح) فيه نظر ، فإن فى الأحكام الشرعية كثيرا ما لايكتفى فى إثباتها بمثل ذلك اه سم على حج (قوله بهذا الاعتبار) أى أن حذف المعمول الخ (قوله صحة شرطه) أى الخيار (قوله فى مبيع مسلم) يعنى فيما يمتنع بيعه على الكافر ليشمل الحربى فى السلاح ، وعبارة حج فى نحو مسلم مبيع (قوله ويمكن الجواب أيضا) هذا الجواب مخالف لما شرح عليه أولا . وحاصل هذا الجواب أن المصنف بين المشروط له ولم يبين الشارط ، ووجهه أن الشرط لايكون إلا منهما لكنه يوهم أنه لايصح شرطه لأجنبي ، وليس بصحيح إلا أن يقال : إن الأجنبي لما كان موقعا الأثر لأحدهما نزل منزلته (قوله مالم يمت)مثله مالو جن أو أغمى عليه ، لأنه إذا لم ينتقل له لربما استغرقت مدة الجنون أو الإغماء الثلاث فتزيد المدة عليها إن أبقيناها لهما ولا قائل به وإن انتفت فائدة ثبوت الخيار ، ونقل بالدرس عن شيخنا الحلبى مايوافقه وعن شيخنا الزيادى مايخالفه (قوله ولو مات العاقد) أى أو جن أو أغمى عليه كما يفيده قوله قبيل الفصل كخيار الشرط بل أولى من أنه إذا مات من شرط له الخيار من العاقدين انتقل لوارثه أو وليه ، ثم قال : والموكل الخ ، ولا شك أن من له الخيار هنا بمنزلة الموكل ثم فينبغى إعادته لهما إذا أفاق قبل انتهاء مدة الخيار (قوله انتقل لوارثه) لو كان الوارث غائبا بمحل لايصل الخبر إليه إلا بعد انقضاء المدة هل يقال بلزوم العقد بفراغ المدة أولا ويمتد الخيار إلى بلوغ الخبر له للضرورة ؟ فيه نظر ، والأقرب أن يقال : إن بلغه الخبر قبل فراغ المدة ثبت له مابقى منها ، وإلا لزم العقد لأنه لم يعهد زيادة المدة على ثلاثة أيام (قوله فللحاكم) ظاهره أنه لاينتقل لولى آخر بعد الولى الميت كما لو مات الأب العاقد مع وجود الجد اه سم على حج . أقول : وينبغى خلافه لقيام الجد الآن مقام الأب فلا حاجة إلى نقله إلى الحاكم (قوله فلموكله)

البيع ولم يطلع عليه الشهاب سم فاستوجهه بحثا . قال شيخنا : ووجهه اشتماله على أمر مجهول (قوله ويمكن الجواب الخ) أى زيادة على ماقدمه فى حل المتن وما قدمه هو الأولى إذ يلزم على هذا أن المصنف أهمل حكم الشارط وإفهام أنه لايصح شرطه لأجنبي (قوله ولو وكيلا) أى بأن أذن له فى شرطه للأجنبي

وليس لوكيل شرطه لغير نفسه وموكله إلا بإذنه ولو أذن له فيه موكله وأطلق بأن لم يقل لى ولا لك فاشترطه الوكيل وأطلق ثبت له دون الموكل والأوجه أن سكوته على شرط المبتدى كشرطه وإن ذهب بعضهم إلى أن مساعدة الوكيل بأن تأخر لفظه عن اللفظ المقترن بالشرط ليست كاشتراطه ، لأن المحذور إضرار الموكل وهو حاصل بشرطه وسكوته ولا بد من تعين ماشرط له بأن يتلفظ هو به إذا كان هو المبتدى بالإيجاب أو القبول ويوافقه الآخر من غير تلفظ به . أما لو شرطه من تأخر قبوله أو إيجابه بطل العقد والشرط لانتفاء المطابقة . واعلم أن خيار المجلس والشرط متلازمان غالبا ، وقد يثبت ذاك لا هذا كما أفاده قوله (إلا أن يشترط القبض فى المجلس كربوى وسلم) لامتناع التأجيل فيهما والخيار أعظم غررا حينئذ لمنعه الملك أو لزومه ، وشمل ذلك مالو جرى بلفظ الصلح ويمتنع شرطه

بقى مالو عزله الموكل بعد العقد وشرط له الخيار وهل يثبت الخيار للموكل أم لا ؟ فيه نظر ، ونقل عن بعضهم أنه ينفذ عزله ولا يثبت للموكل ، ويفرق بينه وبين الأجنبى بأن الوكيل سفير محض فنفذ عزله ولم يثبت للموكل لعدم شرطه له بخلاف الأجنبى وهو ظاهر (قوله وليس لوكيل) وينبغى أن يكون الولى كالوكيل فلا يشرطه لغير نفسه ومولبه اه سم على حج : أى أما لهما فيجوز وصورته فى موليه أن يكون سفيها على مامر من أنه لايشترط فى الأجنبى المشروط له الخيار رشد (قوله لغير نفسه) ومن الغير الأجنبى كما قاله الخطيب (قوله ثبت له) أى الوكيل لأنه لما منع شرعا من شرطه لغير موكله ونفسه نزل على نفسه (قوله والأوجه أن سكوته) أى الوكيل (قوله كشرطه) أى فإن شرطه المبتدى للوكيل أو الموكل صح ، أو لأجنبى فإن كان بإذن المالك صح أو بدونه فلا (قوله لأن المحذور) علة للأوجه (قوله وهو حاصل بشرطه) أى المبتدى (قوله ولا بد) قيد لقول المصنف ولأحدهما بناء على أن قوله لهما ولأحدهما بيان للمشروط له (قوله من تعين) أى من المبتدى قضيته البطلان فيما لو قال بعتك هذا بشرط الخيار من غير ذكر لى أو لك أو لنا ، ويوجهه باحتمال أن يكون المشروط له أحدهما وهو مبهم . وفى سم على حج أخذا من تصحيح الروضة أنه لو شرطه الوكيل وأطلق ثبت له أن البائع إذا قال بعتك بشرط الخيار ثلاثة أيام مثلا فقال المشترى قبلت اختص الخيار بالبائع فيكون من قبيل اشتراطه للبائع وحده لا لهما وأطال فى بيان ذلك ثم قال : لكن سيأتى عن شرح الروض فى شرطهما لأجنبى مطلقا مايخالف ذلك فليحرر اه : أى وهو عدم الصحة ، وهذا موافق لما قلناه ، ويفرق بين شرطه من المالك والوكيل بأن الوكيل لما كان ممنوعا من شرطه لغيره حمل عليه ولم يحمل على موكله وإن جاز اشتراطه له لمباشرته للعقد وتعلق أحكامه به ، بخلاف المالك فإنه لما جاز اشتراطه له وللبائع وللمشترى ولم يصرح باسم واحد من الثلاثة لغا شرطه لأن حمله على أحدهما ترجيح بلا مرجح (قوله من غير تلفظ به) أى من غير اشتراط تلفظ به فيشمل السكوت والتلفظ (قوله وقد يثبت ذاك) أى خيار المجلس (قوله لا هذا) أى خيار الشرط (قوله إلا أن يشترط القبض) أى فى العوضين فى الربوى وفى رأس المال فى السلم ، وقوله وفيما يتسارع قضية الكلام ثبوت خيار المجلس فيما يتسارع إليه الفساد وامتداده مادام فى المجلس وإن لزم تلف المبيع ، وقد يفرق بثبوت خيار المجلس فهرا اه سم على حج أقول : وما ترجاه من أن قضيته ذلك قد يفيد تمثيل الشارح لما يثبت فيه خيار المجلس ثم ببيع الجمد فى الصيف (قوله لمنعه الملك) أى إن كان الخيار للبائع أو لهما (قوله أو لزومه) أى إن كان الخيار للمشترى (قوله وشمل ذلك) أى عقد الربا

(قوله ليست كاشتراطه) أى فلا تضر عند نهى الموكل له عن اشتراط الخيار ، ولايكون آتيا بالمأمور لو أمره الموكل بالاشتراط (قوله لأن المحذور الخ) تعليل للأوجه

أيضا فى شراء من يعتق عليه المشترى وحده لاستلزامه الملك له المستلزم لعتقه المانع من الخيار ، وما أدى ثبوته لعدمه غير صحيح من أصله ، بخلاف ما لو شرط لهما لوقفه أو للبائع فقط ، إذ الملك له ، وفى البيع الضمنى وفيما يتسارع إليه الفساد فى المدة المشروطة لأن قضية الخيار التوقف عن التصرف فيه فيؤدى لضياع ماليته ، وللبائع ثلاثا فى مصراة لمنعه الحلب المضرّ بها . لايقال : لم امتنع حلبه لها قيما لو كان الخيار له مع أن الملك له حينئذ واللبن فى زمن الخيار لمن له الملك لأنا نقول : لما كان اللبن الموجود عند البيع مبيعا كان حينئذ كالحمل الموجود عند البيع فيمتنع البائع من الحلب لئلا يفوت غرضه من ترويج اللبن على المشترى كما يعلم مما يأتى واللبن الحادث بعد العقد كالولد الحادث بعده ، وما ذهب إليه الأذرعى من طرد ذلك فى كل حلوب مردود إذ لا داعى هنا لعدم الحلب ، بخلافه ثم فإن ترويجه للتصرية التى قصدها يمنعه من الحلب وإن كان اللبن ملكه ، والأوجه أن شرطه فيها لهما كذلك ، وأن مثل الثلاث ماقاربها مما شأنه الإضرار بها . لايقال : ماطريق علم المشترى بتصريتها حتى امتنع عليه شرط ذلك للبائع أو موافقته عليه ، لأنا نقول : هو محمول على مالو ظن تصريتها من غير تحققها ، أو أن المراد أن إثم ذلك يختص بالبائع أو أن بظهور التصرية يتبين فساد الخيار وما يترتب عليه من فسخ أو إجازة ، ولو تكرر بيع كافر لقنه المسلم بشرط الخيار وفسخه ألزمه الحاكم بيعه بتا وعلم من تقييد المصنف بالبيع عدم مشروعيته فى الفسوخ

والسلم (قوله لاستلزامه) أى الشرط للمشترى إذ الملك له : أى يمتنع شرطه مطلقا (قوله وفى البيع الضمنى) ذكره مع ماقبله فى المستثنيات يقتضى أنه يثبت فيه خيار المجلس وليس كذلك كما تقدم فكان الأولى عدم ذكره (قوله وفيما يتسارع إليه) يفهم جواز شرطه مدة لايحصل فيها الفساد اهـ سم على منهج (قوله وللبائع ثلاثا) أى يمتنع شرطه للبائع ثلاثا منهما أو من أحدهما وموافقة الآخر (قوله الموجود عند البيع) أى فالموجود وقت العقد للمشترى والذى يحدث للبائع لكنه يمتنع من الحلب لئلا الخ (قوله كالولد الحادث بعده) أى فيكون للبائع ويختلط بالموجود المبيع قبل فيتركه لترويج مقصده ، وقضية قوله كالولد الحادث أن الدابة المبيعة لو حملت فى زمن الخيار المشروط لأحدهما كان الحمل لمن له الخيار فيأخذه إذا انفصل وإن لزم البيع حيث كان الخيار للبائع أو فسخ والخيار للمشترى ، ويوافقه إطلاق قول الشارح الآتى وينبنى على ذلك الأكساب والفوائد الخ (قوله من طرد ذلك) أى امتناع شرط الخيار للبائع ثلاثة أيام (قوله إذ لاداعى هنا) أى فى بيع حلوب غير مصراة (قوله أن شرطه فيها) أى المصراة (قوله كذلك) أى كشرطه للبائع فيمتنع (قوله هو محمول على مالو ظن) أى ظنا مساويا أحد طرفيه الآخر أو مرجوحا ، فإن كان راجحا فلا لأنه كاليقين كما قاله الشارح فيما يأتى فيما لو ظن المبيع زانيا الخ (قوله أو أن بظهور التصرية) قد يفهم هذا الجواب صحة البيع وفيه نظر ، والمتبادر فساد العقد بهذا الشرط اهـ سم على حج (قوله ألزمه الحاكم) أى أو باع عليه ، ويظهر أن مثل ذلك مالو توجه على شخص بيع ماله بوفاء دينه ففعل ماذكر (قوله عدم مشروعيته فى الفسوخ) ومنها الإقالة على المعتمد من أنها فسخ فلا خيار فيها ، ومنه يعلم أن

(قوله وللبائع ثلاثا فى مصراة الخ) عبارة التحفة : ولا ثلاثا للبائع فى مصراة لأدائه لمنع الحلب المضرّ بها ، وطرد الأذرعى له فى كل حلوب يرد بأنه لا داعى إلى آخر ما يأتى عن الشارح ، وقضية كلام الشارح أنه يمتنع شرعا على البائع فى مدة الخيار له حلب الدابة المبيعة ، وقضية رده لكلام الأذرعى بل صريحه أنه لايمتنع عليه ، وهى تفريع قوله فيمتنع البائع من الحلب الخ على ماقبله نظر لايخفى (قوله أو أن بظهور التصرية يتبين فساد الخيار) بقضيته صحة البيع ، ونظر فيه الشهاب سم ثم قال : والمتبادر فساد العقد بهذا الشرط (قوله وما يترتب عليه من فسخ أو إجازة) أى من حيث ترتبهما على الخيار وإلا فالبيع لازم كما أفاده مامر فلا معنى

والعتق والإبراء والنكاح والإجارة وهو كذلك ، وقوله كربوى وسلم الكاف فيه استقصائية ، ونبه به على أنه لافرق بين مايشترط فيه القبض من الجانبين كالربوى أو من أحدهما فقط كالسلم (وإنما يجوز) شرطه (فى مدة معلومة) للمتعاقدين كإلى طلوع شمس الغد ولو لم يقل إلى وقته لأن الغيم إنما يمنع الإشراق لا الطلوع ، أو إلى ساعة وهل تحمل على لحظة أو على الفلكية إن عرفاها ؟ كل محتمل ، والأقرب أنهما إن قصدا الفلكية وعرفاها حمل عليها وإلا فعلى لحظة أو إلى يوم ، ويحمل على يوم العقد فلو عقد نصفه مثلا فإلى مثله وتدخل الليلة تبعا للضرورة . قاله المتولى ، فإن أخرجها بطل العقد أو نصف الليل انقضى بغروب شمس يوم تاليه كما فى المجموع ، وما اعترض به من أنه لابد فيه من التنصيص على دخول بقية الليل وإلا صارت المدة منفصلة عن الشرط يرد بوقوعه تبعا فدخل من غير تنصيص عليه ، وكما دخلت الليلة فيما مر من غير أن ينص عليها لأن التلفيق يفضى إلى جواز بعد لزوم فكذا بقية الليل هنا كذلك بجامع أن التنصيص على الليل.فيهما ممكن فلزم من قولهم

قول عميرة بثبوت الخيار فى الإقالة مبنى على أنها بيع ، ويدل على هذا البناء قوله ودخل فيه : أى البيان الإقالة فإنها لاتدخل بناء على أنها فسخ (قوله الكاف فيه استقصائية) معناها أنه لم يبق فرد آخر غير مادخلت عليه وأجيب أيضا بأنه أتى بالكاف لإدخال إجارة الذمة بناء على أن فيها خيار المجلس كما قاله القفال وإن كان المعتمد خلافه ، وكذا إدخال المبيع فى الذمة بناء على أنه سلم حكما وإن كان المعتمد عند الشارح خلافه (قوله وإلا فعلى لحظة) ينبدرج تحته مالو جهلا الفلكية وقصداها والحمل على اللحظة حينئذ فيه نظر ، بل القياس البطلان لأنهما قصدا مدة مجهولة لهما اهـ سم على حج . وانظر مامقدار اللحظة حتى يحكم بلزوم العقد بمضيها ، وفى سم على منهج : وهل يقال اللحظة لا قدر لها معلوم فهو شرط خيار مجهول فيضر اهـ . أقول : والظاهر أنه كذلك لأن اللحظة لاحد لها حتى تحمل عليه (قوله ويحمل على يوم العقد) أى وإن وقع مقارنا للفجر (قوله فإن مثله) وينبغى أن مثل ذلك مالو قال مقدار يوم فيصح .

[فرع] لو تلف المبيع بآفة سماوية فى زمن الخيار قبل القبض انفسخ البيع وبعده إن قلنا الملك للبائع انفسخ أيضا ، ويسترد المشترى الثمن ويغرم القيمة كالمستام وإن قلنا الملك للمشترى أو موقوف فقيل ينفسخ وعليه القيمة والأصح بقاء الخيار ، فإن تم لزم الثمن وإلا فالقيمة والمصدق فيها المشترى وإن أتلفه أجنبى وقلنا الملك للمشترى أو موقوف لم ينفسخ وعليه الغرم والخيار بحاله ، فإن تم البيع فهى للمشترى وإلا فللبائع ، وإن أتلفه المشترى استقر اهـ سم على منهج (قوله تبعا للضرورة) وإنما لم يحمل اليوم فى الإجارة على ذلك : أى حصول الليلة تبعا لأنها أصل والخيار تابع فاغتفر فى مدته مالم يغتفر فى مدتها اهـ حج . . وقضيته أن عقد الإجارة لو وقع وقت الظهر لبيت مثلا امتنع على المستأجر الانتفاع به ليلا لعدم شمول الإجارة له ، وفيه نظر ظاهر . ثم رأيت سم كتب عليه مانصه نقل فى شرح الروض عدم هذا الحمل عن ابن الرفعة وأنه نظر به فيما هنا ثم قال : وليس كما قال بل ما فى الإجارة نظير ماهنا ، وبتقدير صحة ماقاله يظهر الفرق ، وذكر الفرق الذى ذكره الشارح (قوله أو نصف الليل) قياس ذلك عكسه بأن وقع العقد نصف النهار بشرط الخيار ليلة فتدخل بقية اليوم تبعا للضرورة اهـ سم على حج (قوله انقضى بغروب شمس الخ) منه يعلم أنه لو عقد أول النهار وشرط الخيار ثلاثة أيام لاتدخل الليلة الأخيرة ويلزم

للإجازة (قوله وإلا فعلى لحظة) دخل تحت وإلا ما إذا قصدا الفلكية ولم يعرفاها ، وظاهر أن العقد يبطل بذلك ، فإن كان معنى قوله فعلى لحظة : أى فيبطل : أى لعدم انضباط اللحظة فدخول الصورة المذكورة تحت وإلا ظاهر

بعدموجوبه ثم قولهم بعدمه هنا وكون طرفى اليوم الملفق محيطان بالليلة ثم لا هنا لايؤثر . أما شرطه مطلقا أو فى مدة مجهولة فلا يجوزكإلى التفرق أو الحصاد أو العطاء أو الشتاء ولم يريدا الوقت المعلوم لما فيه من الغرر ، وإنما يجوز فى مدة متصلة بالشرط وإلا لزم حوازه بعد لزومه وهو ممتنع كما مرمتوالية(لاتزيد على ثلاثة أيام)لأن الأصل امتناع الخيار إلا فيما ورد به الشرع ،ولم يأذن فيما زاد عليها بقيودها المذكورة فاسواها باق على أصله ،بل ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه أبطل بيعا شرط فيه الخيار أربعة أيام كما رواه عبد الرزاق ، وإنما بطل بشرط الزيادة ، ولم

بغروب شمس اليوم الثالث وسيأتى فى كلامه (قوله لايؤثر) أى لأن سبب دخول الليلة التبعية وهى موجودة (قوله أما شرطه) أى الخيار (قوله أوالعطاء) أى توفيه الناس ماعليها من الديون لإدراك الغلة مثلا (قوله بعد لزومه) قد تمنع الملازمة بانتفائها فيما لو شرط فى العقد ابتداء المدة من التفرق إذ قبله لا لزوم مع خيار المجلس اه سم على حج . أقول : وقد يجاب بأن المراد لزومه من حيث الشرط وإن بقى الجواز من حيث المجلس على أنه قد يلزم فى المجلس قبل التفرق بأن اختارا لزومه (قوله متوالية) وعليه فلو شرط للبائع يوم وللمشترى يومان بعده بطل العقد ، وكذا لو شرط للبائع يوم وللمشترى يوم بعده وللبائع اليوم الثالث بخلاف مالو شرط اليوم الأول لهما ولأحدهما معينا الثانى والثالث فإنه يصح . والحاصل أنه متى اشتمل على شرط يؤدى لجواز العقد بعد لزومه بطل وإلا فلا ، ومنه مالو شرط اليوم الأول للبائع مثلا . والثانى والثالث لأجنبى عنه فيصح على الراجح من وجهين لأن الأجنبى لكونه نائبا عمن شرط له اليوم الأول لم يؤد ذلك لجواز العقد بعد لزومه بل الجواز مستمر بالنسبة للبائع (قوله لاتزيد على ثلاثة أيام) فلو مضت فى المجلس لم يجز شرط شىء آخر كما هو ظاهر لأن خيار الشرط لايكون إلا ثلاثة فأقل ، ولو شرط مادونها ومضى فى المجلس فينبغى جواز شرط بقيتها فأقل فى المجلس أيضا ، ثم رأيت ما فى الحاشية الأخرى عن الرويانى اه سم على حج : أى وهو مؤيد لما ذكر ، وأراد بما فى الحاشية الأخرى ماتقدم فى قول الشارح ولو شرط خيار يوم فات أحدهما فى أثنائه الخ (قوله بقيودها المذكورة) من العلم والاتصال والتوالى (قوله أربعة أيام) فإن قلت : إن صح فالحجة فيه واضحة ، وإلا فالأخذ بحديث الثلاثة أخذ بمفهوم العدد ، والأكثرون على عدم اعتباره . قلت : محله إن لم تضم قرينة عليه وإلا وجب الأخذ به . وهى هنا ذكر الثلاثة للمغبون السابق ، إذ لوجاز الأكثر منها لكان أولى بالذكر لأن اشتراطه أحوط فى حق المغبون فتأمله اه حج . وأيضا فالأصل فى البيع اللزوم إلا مارخص فيه الشارع ، وقد ثبت فى الثلاثة فبقى مازاد عليها على الأصل من امتناع شرطها وعدم ثبوت الخيار فيها .

[تنبيه] وقع السؤال عما لو وقع ذلك فى زمن الدجال بأن قال فيه البائع مثلا بعت بشرط الخيار ثلاثة أيام ولم يذكر الليالى فهل يقدر بثلاثة أيام مع الليالى المتخللة بينها كما لو باع وقت الفجر فى غير أيام الدجال أولا يقدر لأنها إنما اعتبرت فى غير أيامه لضرورة الفصل بها بين الأيام وفى زمن الدجال لا ليل موجود وإنما هو مجرد تقدير والشارط إنما ذكر الأيام فيمكن تقديرها متوالية ولا ضرورة لتقدير الليل فاصلا ؟ فيه نظر ، والظاهر الأول لأنه حيث اعتبر تقدير الأيام وجب تقدير الليالى فاصلة بينها لنحو الصوم والصلاة والآجال فصارت لتقديرها فى تلك الأحوال كأنها موجودة ، فلو قدرت الأيام من غير الليالى لزم فقد الليالى فى تلك الأيام وجعلها أياما متوالية بلا فاصل بينها ولا نظير له . على أنه يجب تقدير الليالى فيها لضرورة أن أوقات الصلوات تقدر فى

وإن كان معناه أنه يصح العقد فدخول الصورة المذكورة تحت وإلا غير مراد له (قوله ولم يريدا الوقت المعلوم)

يخرج على تفريق الصفقة لأن إسقاط الزيادة يستلزم إسقاط بعض الثمن فيؤدى لجهله وتدخل ليالى الثلاثة المشروطة للضرورة . نعم لو شرط ثلاثة من طلوع الفجر لم تدخل الليلة التالية لليوم الثالث كما قاله الأسنوى بخلاف نظيره من مسح الخف (وتحسب) المدة المشروطة (من) حين (العقد) الواقع فيه الشرط ، فإن وقع بعده فى المجلس فمن الشرط ، وآثر ذكر العقد لأن الغالب وقوع شرط الخيار فيه لا فى المجلس بعده ، وإنما لم يعتبر من التفرق لئلا تصير مدة الخيار مجهولة لأنه لا يعلم متى يفترقان (وقيل) تحسب (من التفرق) لأن الظاهر أن الشارط يقصد بالشرط زيادة على مايفيده المجلس ، وعورض بما مر من أدائه إلى الجهالة ويجرى هنا نظير مامر ثم من اللزوم باختيار من اختار لزومه وإن جهل المبيع والثمن كما اعتمده جمع وبانقضاء المدة ومن تصديق نافى الفسخ أو الانقضاء ، ولا يجب تسليم مبيع ولا ثمن فى زمن الخيار : أى لهما كما هو واضح ولا ينتهى به فله استرداده ، مالم يلزم وليس لأحدهما بعد الفسخ حبس ما فى يده بعد طلب صاحبه بأن يقول لا أرد حتى ترد ، بل إذا بدأ أحدهما بالمطالبة لزم الآخر الدفع إليه ثم يرد ماكان فى يده كما فى المجموع هنا ومثله جميع الفسوخ كما اعتمده جمع ، لكن الذى فى الروضة واعتمده السبكى وغيره أن له الحبس فيمتنع تصرف مالكه فيه مادام محبوسا (والأظهر) فى خيار المجلس والشرط (أنه إن كان الخيار للبائع) أو لأجنبى عنه (فملك المبيع) بتوابعه الآتية وحذفها لفهمها منه إذ يلزم من ملك الأصل ملك الفرع غالبا (له) وملك الثمن بتوابعه للمشترى (وإن كان) الخيار (للمشترى)

تلك الأيام ، فالوقت الذى يقع فيه العقد بالنظر لتقديره للصلوات لابد أن يكون ذلك الجزء إما من ليل أو نهار ، ويحتمل أن يقال : إن صادف وقوع العقد مقارنا للفجر الذى قدروا به أوقات الصلوات لم تدخل الليلة الأخيرة بالفرض حكما كمقارنة العقد للفجر المحقق وإن صادف وقوعه فى أثناء يوم تقديرا دخلت الليلة الأخيرة (قوله لم تدخل الليلة) أى لأن شرطه لم يتناول تلك الليلة ، وأما مسح الخف فالشارع نص على الليالى أيضا اهـ سم على حج . أقول : وقياس ذلك أنه لو وافق العقد غروب الشمس وشرط الخيار ثلاث ليال لم يدخل اليوم الثالث وكأنه شرط الخيار يومين وثلاث ليال (قوله فمن الشرط) قال فى شرح العباب : كذا أطلقوه ، وقضيته اعتبارها منه وإن مضى قبله ثلاثة أيام فأكثر ، وهو متجه خلافا لابن الرفعة حيث تردد فى ذلك إلى آخر ما أطال به ، ومنه قوله فإن قلت يلزم زيادة المدة على ثلاثة أيام . قلت : لامحذور فى ذلك لأن الزائد على الثلاث هو خيار المجلس لا الشرط الخ اهـ سم على حج (قوله وعورض) أى القيل الموجه بقوله لأن الظاهر (قوله وإن جهل المبيع والثمن) أى كما فى الأجنبى والموكل والوارث اهـ سم على حج (قوله أى لهما) ينبغى أو للبائع وحده مر اهـ سم على حج (قوله ولا ينتهى) أى الخيار (قوله به) أى التسليم (قوله مالم يلزم) أى بانقضاء المدة مثلا (قوله كما فى المجموع) معتمد (قوله لكن الذى فى الروضة) مشى الشارح أيضا على هذا الاستدراك فى باب المبيع قبل قبضه بعد قول المصنف وكذا عارية ومأخوذ بسوم (قوله أو لأجنبى عنه) أى البائع بأن كان نائبا عنه (قوله ملك الفرع غالبا)

أما لو أراداه فيصح : أى والصورة أن المدة لاتزيد على ثلاثة أيام كما هو واضح (قوله يستلزم إسقاط بعض الثمن فيه نظر ظاهر سيما إذا كان الثمن مقبوضا ، إذ لم يجعل فى الثمن زيادة نظير الخيار (قوله نظير مامر ثم من اللزوم) أى فى حق من ألزم منهما أو من أحدهما كما هو ظاهر (قوله وإن جهل المبيع والثمن) ليس من جملة النظير بل هو غاية فى خصوص ما هنا ، وكذا قوله وبانقضاء المدة (قوله أى لهما كما هو واضح) انظر ماوجه هذا التقييد مع أنه إذا كان الخيار للبائع لايلزمه تسليم المبيع بالأولى لكون الملك فيه له ، وكذا لايلزم المشترى تسليم الثمن إليه لكونه لم يملك مقابله (قوله ولا ينتهى به) أى لاينتهى الخيار بالتسليم (قوله واعتمده السبكى) انظر هل هو

أو لأجنبيّ عنه (فله) ملك المبيع وللبائع ملك الثمن لقصر التصرف على من له الخيار ، والتصرف دليل وكونه لأحدهما فى خيار المجلس بأن يختار الآخر لزوم العقد (وإن كان) الخيار (لهما) أو لأجنبيّ عنهما (ف) ـالملك فى المبيع والثمن (موقوف فإن تم البيع بان أنه) أى ملك المبيع (للمشترى) وملك الثمن للبائع (من حين العقد وإلا) بأن لم يتم كأن فسخ (فللبائع) ملك المبيع وللمشترى ملك الثمن من حين العقد وكأن كلا لم يخرج عن ملك مالكه ، إذ أحد الجانبين ليس أولى من الآخر فوقف الأمر إلى اللزوم أو الفسخ ، وينبنى على ذلك الأكساب والفوائد كلبن وثمر ومهر ونفوذ عتق واستيلاد وحلّ وطء ووجوب مؤنة ، فكل من حكمنا بملكه لعين ثمن أو مثمن كان له وعليه ونفذ منه وحلّ له ماذكر ، ولو فسخ العقد بعده بناء على الأصح من أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ومن لم يخير لاينفذ شيء منه مما ذكر فيما خير فيه صاحبه وإن آل الملك إليه وعليه مهر وطء لمن خير ، ويحرم على المشترى الوطء مالم يأذن له البائع والخيار للبائع دونه ولاحد بالشبهة ولهذا كان الولد حرا نسيبا . وما ذكره المصنف توسط فى المسئلة والثانى الملك للمشترى مطلقا لتمام البيع له بالإيجاب والقبول . والثالث لبائع مطلقا ، ولو اجتمع خيار المجلس لهما وخيار الشرط لأحدهما فهل يغلب الأول فيكون الملك موقوفا أو الثانى فيكون لذلك الأحد الظاهر كما أفاده الشيخ الأول ، لأن خيار المجلس كما قالاه أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط لأنه أقصر غالبا ، وقول الزركشى : الظاهر الثانى لثبوت خيار الشرط بالإجماع بعيد كما لايخفى ، ومرادهم بحلّ وطء مع عدم حسبان الاستبراء فى زمن الخيار حله من حيث الملك وانقطاع سلطنة البائع وإن حرم من حيث عدم الاستبراء فهو كما لو حرم من حيث نحو إحرام وحيض ، ونظيره قوله تعالى ـ فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد ـ الآية ، وهذا أولى من

أى ومن غير الغالب ما لو أوصى بغلة بستان مثلا ثم مات الموصى وقبل الموصى له الوصية (قوله أو لأجنبى عنه) أى المشترى بأن كان نائبا عنه (قوله والتصرف دليل) أى على ملكه له (قوله كلبن) أى وحمل على ما اقتضاه إطلاق الفوائد (قوله ولو فسخ) غاية (قوله ويحرم على المشترى الوطء) ظاهره حله للبائع إذا كان الخيار له أو لهما لكن صريح قوله بعد ويحرم وطؤها حينئذ على كل منهما الخ خلافه (قوله مالم يأذن) متعلق بقوله وعليه مهر وطء وكان الأولى إسقاط قوله ويحرم على المشترى الوطء لأنها علمت مما مرّ ثم رأيتها ساقطة فى نسخة (قوله والخيار) أى والحال وقوله للبائع أما لهما قضية قوله الآتى ويحرم وطؤها حينئذ على كل منهما خلافه والظاهر أنه غير مراد أو لأن وطء المشترى بإذن البائع إجازة من البائع فتقضى عدم المهر (قوله دونه) أى وإن أذن له البائع (قوله ولهذا كان) أى للشبهة (قوله وخيار الشرط لأحدهما) بأن شرط الخيار لأحدهما واستمرا مدة فى المجلس (قوله فيكون لذلك الأحد) أى فقط دون من لم يشترط له مع مشاركته لمن شرط له فى خيار المجلس . (قوله وإن حرم من حيث عدم الخ) ولا حدّ عليه لذلك لأنه ليس زنا (قوله قوله تعالى الخ) أى حيث غيى فيها عدم الحل بنكاح زوج

راجع لجميع الفسوخ ماعدا مسئلتنا كما هو ظاهر التبرى فى تعبيره بعلى أو راجع للجميع (قوله وينبنى على ذلك) أى الحكم بالملك لأحدهما فيما إذا كان الخيار له أو الحكم له بالوقف إذا كان لهما (قوله مالم يأذن له البائع الخ) أى فإن أذن له فلا مهر ويكون الإذن مع الوطء إجازة (قوله ولو اجتمع خيار المجلس لهما وخيار الشرط لأحدهما) أى وكان للآخر خيار المجلس فقط بقرينة ما بعده : وظاهر أن عكسه لايتأتى (قوله لأنه أقصر غالبا) أى وكل ما كان كذلك فهو أولى بعقد البيع الذى مداره على اللزوم مما هو أطول (قوله ونظيره قوله تعالى ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد ـ الآية) أى فإنه وقف الحل على نكاح الآخر فقط مع أنه لابد من طلاقه أيضا وانقضاء عدّته ،

قصر الزركشي لذلك على مالو اشترى زوجته قال : فإنه لايلزمه حيث كان الخيار له ، فإن كان لهما لم يجز له وطؤها زمنه إذ لايدرى أيطأ بالملك أم بالزوجية ، وما جزم به من حلّ الوطء فى الأولى هو الأوجه ، وجزم جمع بحرمته فيها وإن لم يجب استبراء لضعف الملك ، وزاد فى المجموع على منع حل الوطء فيما مرّ . . قال الرويانى : فإن تم البيع فهل يلزمه استبراؤها ؟ وجهان بناء على جواز الوطء إن حرمناه لزم وإلا فلا اهـ . وهو طريقة ضعيفة وإن انفسخ البيع ، فإن قلنا الملك للبائع أو موقوف فالنكاح بحاله أو للمشترى فوجهان أصحهما عدم الانفساخ لأن ملكه غير مستقرّ ، ولو اشترى مطلقته ثم راجعها فى زمن الخيار فإن تم البيع لم تصح الرجعة وإن فسخ صحت ، إن قلنا الملك للبائع أو موقوف أو للمشترى فوجهان أصحهما عدم صحتها ، وفى حالة الوقف يطالبان بالإنفاق ثم يرجع من بان عدم ملكه على الآخر ، وقيده بعضهم بما لو أنفق بإذن الحاكم ، وقد يتوقف فيه لوجود تراضيهما عليه وهو كاف فى مثل ذلك ، وكذا لو أنفق عليها ناويا الرجوع وأشهد عليها عند امتناع صاحبه وفقد الحاكم أخذا مما سيأتى فى المساقاة وهرب الجمال ، ويحرم وطؤها حينئذ على كل منهما ولو بإذن البائع للمشترى ، وقول الأسنوى : إنه يحل له بإذن البائع مبنى على بحث المصنف أن مجرد الإذن فى التصرف إجازة والمنقول خلافه ،

آخر المفيد حصوله بمجرد النكاح مع أنه يتوقف على طلاق الآخر وانقضاء عدتها منه ونكاح الأول (قوله فإنه لايلزمه) أى الاستبراء (قوله كان الخيار له) أى الزوج (قوله من حل الوطء فى الأولى) وهو ما إذا كان الخيار له (قوله قال الرويانى) مزيد (قوله وهو طريقة ضعيفة) أى والمعتمد عدم وجوب الاستبراء مطلقا فى الزوجة (قوله ولو اشترى مطلقته ثم راجعها) ولو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم طلقها قبل اللزوم فينبغى أن يقال : إن كان الخيار للبائع وقع الطلاق لبقاء الزوجية أو للمشترى لم يقع لانفساخ العقد بدخولها فى ملكه أو لهما وقف ، فإن تمّ العقد للمشترى بأن عدم وقوعه أو فسخ بان وقوعه لأنه بذلك يتبين أنها لم تخرج عن ملك البائع فالزوجية باقية ، ثم ماتقدم من عدم الوقوع إن كان الخيار للمشترى لدخولها فى ملكه ظاهر ، لكن مقتضى قول الشارح بعدم انفساخ النكاح فيما لو اشترى زوجته بشرط الخيار له وقوع الطلاق (قوله لم تصح الرجعة) أى لدخولها فى ملكه قبل الرجعة (قوله إن قلنا الملك للبائع) بأن كان الخيار له (قوله عدم صحتها) أى الرجعة (قوله يطالبان) أى البائع والمشترى (قوله من بان عدم ملكه) أى حيث أنفق بإذن صاحبه أخذا من قوله الآتى ، وكذا لو أنفق ناويا الخ (قوله وقد يتوقف فيه الخ) معتمد (قوله لوجود تراضيهما) أى فلا يشترط إذن الحاكم (قوله وأشهد عليها) أى النفقة (قوله وفقد الحاكم) أى فى مساقاة العدوى (قوله ويحرم وطؤها حينئذ) أى فى حالة الوقف . (قوله ولو بإذن البائع) لكن حيث أذن له فينبغى أن لا مهر لأن وطء المشترى بإذن البائع إجازة فلم يحصل الوطء إلا فى ملك نفسه (قوله إنه يحل له) أى المشترى (قوله والمنقول خلافه) معتمد وهو أن الإذن إنما يكون إجازة إذا

فالمراد الحلّ من حيث التحليل (قوله إذ لايدرى أيطأ بالملك) أى وهو ضعيف لايبيح الوطء (قوله وزاد فى المجموع على منع حل الوطء) أى فيما إذا كان الخيار للمشترى فقط بناء على ماذهب إليه الجمع المذكورون فتأمل وراجع (قوله وهى طريقة ضعيفة) أى ماقاله الرويانى فالراجح عدم وجوب الاستبراء فيما إذا كان الخيار للمشترى وإن قلنا بحرمة الوطء فراجع (قوله وفى حالة الوقف) أى فى أصل المسئلة فى المتن (قوله وكذا لو أنفق عليها ناويا الرجوع) الظاهر أنه معطوف على قوله ثم يرجع من بان عدم مالكه

وقد يوجه حله بأنه لم يقع إلا وقد رضيا ببقاء العقد لحصول رضا البائع بإذنه فيه ورضا المشترى بشروعه فيه (ويحصل الفسخ والإجازة) للعقد فى زمن الخيار (بلفظ يدل عليها) صريحا أو كناية فصريح الفسخ (كفسخت البيع ورفعته واسترجعت المبيع) ورددت الثمن (و) الصريح فى الإجازة نحو (أجزته وأمضيته) وألزمته ، وإذا كان مشروطا لهما ارتفع بفسخ أحدهما جميعه لا بإجازته بل تستمر للآخر ، إذ إثبات الخيار إنما قصد به لتمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها ، وقول من خير لا أبيع أو لا أشترى إلا بنحو زيادة مع عدم موافقة الآخر له فسخ (ووطء البائع) ولو محرما كأن كان الخيار لهما ، والظاهر كما قاله الأذرعى أن وطأه إنما يكون فسخا إذا علم أو ظن وهو مختار أن الموطوءة هى المبيعة ولم يقصد بوطئه الزنا ، فإن باشر فيها فيما دون الفرج لم يكن فسخا كالاستخدام ، وإن صحح الأذرعى تبعا لابن الرفعة ، أنها فسخ لأنها لاتباح إلا بالملك ، ثم قال : ويشبه أن يكون محله فى المباحة له لولا البيع وكذا الوطء ، أما لو كانت محرمة عليه بتمجس أو غيره لم يكن فسخا قطعا ، ومن هذا وطء الخنثى واضحا وعكسه فلو اختار الموطوءة فى الثانية الأنوثة بعده تعلق الحكم بالوطء السابق ذكره

انضم له الوطء (قوله وقد يوجه) أى قول الأسنوى (قوله فصريح الفسخ) لم يذكر مثالا للكناية فى الفسخ ولا الإجازة ، ولعل من كنايات الفسخ أن يقول : هذا البيع ليس بحسن مثلا ، ومن كنايات الإجازة الثناء عليه بنحو هو حسن (قوله إلا بإجازته) أى فلا يلزم جميعه بل إنما يلزم من جهة المجيز ويستمر الخ (قوله إلا بنحو زيادة) أى قبل انقضاء مدة خيار المجلس أو فى مدة خيار الشرط (قوله مع عدم موافقة الآخر) ظاهره الانفساخ فيما لو كان الشرط من أحدهما وسكت الآخر أو رد ، ولكن تقدم فى حج مانصه : تنبيه : الشرط المؤثر هنا هو ماوقع فى صلب العقد من المبتدى به ، إلى أن قال : ويلحق بالواقع بعده فى صلب العقد الواقع فى زمن خياره مجلسا أو أو شرطا إن كان من البائع ووافقه المشترى عليه أو عكسه كأن ألحق أحدهما حينئذ زيادة أو نقصا فى الثمن أو المبيع أو الخيار أو الأجل ووافقه الآخر بقوله قبلت مثلا لكن فى غير الحط من الثمن لأنه إبداء ، وهو لا يحتاج للقبول ويكفى رضيت بزيادة كذا ، فإن لم يوافقه بأن سكت بقى العقد ، وإن قال لا أرضى إلا بذلك بطل ، وهو صريح فى أنه إذا سكت يستقر الثمن على ماذكر فى العقد أولا ويلغو الشرط ، وعبارة حج هنا موافقة لعبارة الشارح فيحمل قولهما هنا مع عدم موافقة الآخر على مالو خالفه الآخر صريحا بأن قال لاأرضى أو نحو ذلك ، وأنه لو وافقه صريحا استقر العقد على ماتوافقا عليه ، وإن سكت لغا الشرط واستقر الحال على ماوقع به العقد أولا (قوله ووطء البائع) أى فى القبل وخرج بل الدبر اه شرح الروض (قوله ولم يقصد بوطئه الزنا) أى فإن قصد ذلك لم يكن فسخا ؛ وينبغى أن محل ذلك فيما إذا كان الخيار للبائع مالم تحمل من ذلك الوطء فإن حملت منه انفسخ وصار مستولدة عليه لأنه أحبلها وهى فى ملكه (قوله أنها) أى المباشرة (قوله وكذا الوطء) أى إنما يكون فسخا إذا كان مباحا له لولا البيع بأن لم تكن محرما له ولا فى معنى المحرم وكان الوطء فى القبل (قوله بتمجس) وكوطء المحرمة وطء الأمرد اه حج (قوله ومن هذا) أى مما لايكون فسخا (قوله وطء الخنثى) أى الخنثى البائع (قوله واضحا) أى مبيعا واضحا بالأنوثة (قوله فلو اختار) أى بعلامات علمت منها أنوثته ، وعبارة حج وكذا : أى يحصل الفسخ بوطء البائع الواضح لخنثى إن اتضح بعد بالأنوثة (قوله بعده) أى الوطء (قوله الحكم بالوطء) أى فيكون واضحا

(قوله جميعه) بالرفع فاعل ارتفع (قوله كأن كان الخيار لهما) الكاف استقصائية فتأمل (قوله فلو اختار الموطوءة الخ) عبارة غيره : فلو اتضح ولو بإخباره : أى على التفصيل المذكور فى محله ، وكذا يقال فى الذى بعده

فى المجموع فى باب الأحداث ، وقياسه أنه لو اختار الواطىء فى الأولى المذكورة بعده تعلق الحكم بالوطء السابق (وإعتاقه) ولو معلقا لكله أو بعضه فى الأوجه ويكون فسخا فى جميعه ، ومع كونه كذلك يكون صحيحا أو إيلاده حيث تخير أو هو وحده (فسخ) أما فى الإعتاق فلقوته ومن ثم نفذ قطعا ، وأما الوطء فلتضمنه اختيار الإمساك وإنما لم تحصل به الرجعة لأن الملك يحصل بالفعل كالسبى فكذا تداركه بخلاف النكاح ، ومع كون نحو إعتاقه فسخا هو نافذ منه وإن تخيرا فله وجه ظاهر وهو تضمنه الفسخ فينتقل الملك إليه قبله ، ولا ينفذ من المشترى إذا تخيرا بل يوقف حيث لم يأذن له البائع لتقدم الفسخ لو وقع من البائع بعد على الإجازة ، ولو باع حاملا ثم أعتق أحدهما فى زمن الخيار قال القفال فى فتاويه : ينفسخ البيع كما لو باع حاملا واستثنى حملها ، ثم إن جعلنا الحمل معلوما يبطل البيع فى الحال وإلا توقف على الوضع ، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من الإعتاق تبينا أن البيع كان منفسخا وقد عتق الحمل ، أو لستة أشهر فأكثر وهى مزوجة لم ينفذ العتق فى الحمل ولا يبطل البيع (وكذا بيعه) ولو بشرط الخيار بشرط كونه للمشترى ، فإن كان للبائع أو لهما لم يكن فسخا ولا إجازة كما صرح به فى العباب (وإجارته وتزويجه) ووقفه ورهنه وهبته إن اتصل القبض بهما ولو وهب لفرعه (فى الأصح) حيث تخيرا

(قوله تعلق الحكم بالوطء) أى فيكون فسخا أيضا (قوله السابق) شمل ذلك مالو باعه بشرط أن يعتقه المشترى ثم أعتقه البائع فى زمن الخيار فينفذ ويكون فسخا للبيع ويفوت به الإعتاق المشروط على المشترى (قوله ومع كونه كذلك يكون صحيحا) أى الاعتاق وذكر الشارح هذا لأنه لا يلزم من الفسخ صحة التصرف (قوله وإنما لم تحصل به) أى الوطء (قوله نحو إعتاقه) أى البائع (قوله قبله) أى الاعتاق (قوله ولو باع حاملا) بل قياسه أنه لو باع عبدين ثم أعتق أحدهما أنه ينفسخ فيهما لما مر من أنه إذا فسخ فى نصف المبيع انفسخ فى كله ، وظاهره أنه لا فرق بين كون النصف متصلا بالباقى أو منفصلا عنه كهذا المثال ، ثم حيث حكم بالانفساخ وجب على البائع تعين أحدهما للعتق (قوله ثم أعتق) أى البائع (قوله أحدهما) أى ولو مبهما (قوله ينفسخ البيع) أى ظاهرا حيث أعتق الحمل لما يأتى من قوله ثم إن جعلنا الحمل الخ (قوله ثم إن جعلنا) أى ثم بعد البيع إن الخ وكان الأولى أن يذكر هذا بعد قوله وينفسخ البيع فيقول ينفسخ إن جعلنا الحمل الخ ، ولعله إنما فصله لعدم كونه من كلام القفال (قوله كونه للمشترى) أى الثانى (قوله ولا إجازة) ويجرى هذا فيما لو كان الخيار للمشترى ثم باع بشرط الخيار للبائع أو لهما كما فى شرح الروض على مانقله شيخنا الزيادى عنه حيث قال ولو باع أحد العاقدين المبيع فى زمن الخيار الثابت له أو لهما بشرط الخيار له أو لهما فقريب من الهبة قبل القبض : يعنى الخالية عن القبض كما عبر به الأصل ، فلا يكون فسخا ولا إجازة بناء على أنه لا يزول ملك البائع بمجرد البيع وهو الأصح ، فالمراد بقولهم التصرف من البائع فسخ ومن المشترى إجازة التصرف الذى لم يشرط فيه ذلك اهـ : أى الخيار (قوله إن اتصل القبض بهما) أى الرهن

(قوله ولو معلقا) انظر هل المراد حصول الفسخ بنفس التعليق أو بوجود الصفة (قوله وإيلاده) لعله بنحو إدخال منيه وإلا فما تقدم من الوطء مغن عنه (قوله حيث تخيرا) قيد فى أصل مسئلة المتن (قوله مع كون نحو اعتاقه الخ) عبارة التحفة : ومع كون نحو إعتاقه فسخا هو نافذ وإن تخيرا لتضمنه الفسخ فينتقل الملك الخ على أن هذا يغنى عنه مامر فى قول الشارح : ومع كونه كذلك يكون صحيحا إلا أنه زاد هنا التوجيه (قوله ثم إن جعلنا الحمل معلوما الخ) أى فيما إذا كان العتيق الحمل (قوله وتزويجه) هل المراد منه مايشمل تزوج عبده الكبير بإذنه

أو هو وحده أيضا فكل منهما فسخ لأنها مشعرة باختيار الإمساك فقدم على أصل بقاء العقد ومع كونها فسخا هي منه صحيحة تقديرا للفسخ قبلها والثانى مايكتفى فى الفسخ بذلك ، وفى وجه أن الوطء ليس بفسخ ولا خلاف فى الاعتاق وعقود البيع وما عطف عليه بناء على أنها فسخ صحيحة ، وقيل لابعد أن يحصل بالشيء الواحد الفسخ والعقد جميعا (والأصح أن هذه التصرفات) من البيع وما بعده (من المشترى) حيث كان الخيار لهما أو له وحده (إجازة) للشراء لأنها مشعرة باختيار الإمساك . نعم لايصح منه إلا أن كان تخير أو أذن له البائع أو كانت معه ، ويفارق مامرّ فى البائع بتزلزل ملكه وبان صحتها والخيار لهما من غير إذن البائع مسقطة لفسخه وهو ممتنع . والثانى مايكتفى فى الإجازة بذلك وقول الشارح : ومسئلتا الإجازة والتزويج ذكرهما فى الوجيز وخلا عنهما فى الروضة كأصلها وهما ومسئلة البيع غير صحيحة قطعا : أى إذا لم يكن الخيار للمشترى وحده (و) الأصح (أن العرض على البيع) وإنكاره (والتوكيل فيه ليس فسخا من البائع ولا إجازة من المشترى) إذ ليس فيهما إزالة ملكه ، ولأنه قد يقصد أن يستبين مايدفع فيه ليعلم أربح أم خسر . والثانى نعم قياسا على الرجوع عن الوصية ، وفرق الأول بضعف الوصية حيث إنه لم يوجد فى حياة الموصى إلا أحد شقى العقد ، ولو اشترى عبد ابجارية والخيار لهما فأعتقهما زمنه معا عتقت الجارية فقط ، أو كان المشترى العبد وحده عتق العبد أو البائع فقط وقف العتق ، فإن فسخ البيع نفذ العتق فى الجارية وإلا ففى العبد وإن لم يكن ملك معتقه حالة إعتاقه لأن العتق لقوته ، وتشوّف الشارع إليه لم يلغ فى مثل ذلك بل وقف نفوذه على تمام البيع ، كذا وجه به كلام الشيخين لكن قال الشيخ : إن الأوجه عدم نفوذه ليوافق ماقدموه من أن المشترى إذا أعتق المبيع فى زمن الخيار المشروط للبائع لم ينفذ وإن تم البيع لوقوعه فى ملك غيره ، وقد قال الأسنوى : ماقالاه غير مستقيم لأنه إذا كان الخيار للبائع فملك المبيع له فكيف ينفذ عتقه باعتاق المشترى ، ورده الوالد رحمه الله تعالى بأن ماقالاه هو المستقيم ولا مخالفة بينه وبين ماقدموه لأن

والهبة (قوله أو هو) أى البائع (قوله وعقود البيع) هذا مفاد قوله أوّلا ومع كونها فسخا الخ لكنه ذكره توطئة لقوله وقيل لا (قوله من البيع وما بعده) عبارة المحلى الوطء وما بعده ، وهى أولى لأن ماذكره الشارح يخرج الوطء والعتق عن كونهما إجازة ، وقد يقال إنه أشار إلى أن ماقطع فيه بأنه فسخ من البائع قطع فيه بأنه إجازة من المشترى وما جرى فيه الخلاف إذا وقع من البائع جرى فى مثله الخلاف إذا وقع من المشترى (قوله أو كانت) أى التصرفات (قوله معه) أى البائع (قوله ويفارق) أى تصرف المشترى (قوله مامرّ فى البائع) أى حيث نفذ والخيار لهما وإن لم يأذن المشترى (قوله وبان صحتها) من المشترى لو قلنا به (قوله مسقطة لفسخه) أى البائع (قوله أى إذا لم يكن) خبر قوله وقول الشارح الخ (قوله ولأنه قد يقصد) هذا التعليل لايظهر فيما لو أذن البائع للمشترى أن يبيع عن نفسه مع أنه ليس إجازة كما فى شرح المنهج (قوله والخيار لهما) أى البائع والمشترى (قوله فأعتقهما) أى المشترى (قوله فقط) أى لأن عتقها فسخ للبيع (قوله عتق العبد) أى لأن الملك فيه للمشترى وقد أجاز فيستقر ملك البائع على الجارية (قوله أو البائع) هو بائع العبد (قوله وقف العتق) أى الصادر من المشترى وهو بائع الجارية (قوله وإن لم) غاية يكن أى العبد ملك معتقه أى المشترى (قوله عدم نفوذه) أى العتق للعبد من المشترى (قوله وقد قال الأسنوى ماقالاه) من نفوذ عتق العبد إذا تم البيع والخيار للبائع (قوله بأن ما قالاه) أى من

(قوله وفى وجه الخ) تورك به على المتن فى اقتضائه أن الوطء من البائع لاخلاف فيه (قوله وعقود البيع وما عطف عليه الخ) تقدم مايغنى عنه إلا أنه زاد هنا ذكر المقابل (قوله أو كانت معه) أى أو كانت هذه التصرفات واقعة مع البائع (قوله أى إذا لم يكن الخيار الخ) خبر قول الشارح

ذلك محله فى تصرف كل من البائع أو المشترى فى المبيع فقط وما هنا مفروض فى تصرفه فيه وفى الثمن كليهما ، وإنما لم ينفذ إعتاق المشترى فى الثمن وإن كان مملوكا له ونفذ إعتاقه فى المبيع وإن كان مملوكا لبائعه فيما إذا كان الخيار له ، وأجاز لئلا يلزم عليه اعتبار الفسخ الضمنى ممن لاخيار له ، وإنما لم ينفذ إعتاق البائع فى الجارية وإن كانت مملوكة له ونفذ إعتاقه فى العبد وإن كان مملوكا لمشتريه فيما إذا كان الخيار له وأجاز لئلا يلزم إلغاء إجازة من انفرد بالخيار وكلامهم هنا مصرح بأن كلا من العبد والجارية مبيع وثمن ، وسيأتى أن الصحيح فى مثله أن الثمن مادخلت عليه الباء

فصل فى خيار النقيصة

وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطى أو قضاء عرفى أو تغرير فعلى ، ومر الكلام على الأول وشرع يتكلم على الثانى فقال (للمشترى الخيار) فى رد المبيع (بظهور عيب قديم) فيه ، وكذا للبائع بظهور عيب قديم فى الثمن ، وآثروا الأول لأن الغالب فى الثمن الانضباط فيقل ظهور العيب فيه ، وسيأتى

النفوذ . قد يقال كونه فيهما معا لايقتضى صحة ماذكره الشيخان من نفود عتق العبد لعين ماقاله الأسنوى وهو أنه أعتق مالايملك ؛ إلا أن يقال لما أعتق مايملك وما لايملك جعل إجازة فيما يملك وهى تقتضى نقل ما لا يملكه إليه وحيث انتقل إليه نفذ عتقه له (قوله فى الثمن) وهو الجارية فى المثال المذكور (قوله وإن كان مملوكا له) أى المشترى (قوله فى المبيع) أى وهو العقد (قوله وإنما لم ينفذ إعتاق البائع) أى لو فرض أنه المعتق دون المشترى (قوله مملوكة له) أى البائع (قوله فيما إذا كان الخيار له) أى المشترى .

(فصل) فى خيار النقيصة

(قوله ومرّ الكلام على الأوّل) هو قوله التزام شرطى : أى فى قوله ولو شرط وصفا يقصد الخ (قوله وشرع يتكلم على الثانى) هو قوله أو قضاء عرفى : أى وسيأتى الثالث فى فصل التصرية حرام (قوله بظهور عيب قديم) ثم العيوب ستة أقسام : هذا ومثله عيب الغرة . الثانى عيب الأضحية والهدى والعقيقة وهو مانقص اللحم . الثالث عيب الإجارة وهو ما أثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت فى الأجرة . الرابع عيب النكاح ماينفر عن الوطء ويكسر الشهوة . الخامس عيب الصداق إذا طلق قبل الدخول مايفوت به غرض صحيح سواء غلب فى جنسه عدمه أم لا . السادس عيب الكفارة ما أضرّ بالعمل إضرارا بينا اهـ سم على منهج (قوله فيه) أى المبيع المعين وغيره لكن يشترط فى العين الفور ، بخلاف غيره كما يأتى له بعد قول المصنف الآتى والرد على الفور الخ (قوله فى الثمن) أى المعين وغيره على مامرّ بأن كان فى الذمة لكن إن كان معينا ورده انفسخ العقد ، وإن كان فى الذمة لاينفسخ العقد وله بدله ، ولا يشترط لرده الفورية بخلاف الأول . هذا كله فيما فى الذمة إذا كان القبض بعد مفارقة المجلس . أما لو وقع القبض فى المجلس ثم اطلع على عيب فيه ورده فهل ينفسخ فيه أيضا أو لا لكونه وقع على مافى الذمة ، فيه نظر ، ومقتضى قولهم الواقع فى المجلس كالواقع فى العقد الأول (قوله فيقلّ ظهور العيب فيه) وإنما لم يحمل

(فصل) فى خيار النقيصة

(قوله ومر الكلام على الأول) أى فى الكلام على مايستثنى من بيع وشرط

أن القديم ماقارن العقد أو حدث قبل القبض وقد بقى إلى الفسخ إجماعا فى المقارن ، ولأن المبيع فى الثانى من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته وإن قدر من خير على إزالة العيب . نعم لو اشترى محرما بنسك بغير إذن سيده لم يتخير بقدرته على تحليله كالبائع : أى لأنه لامشقة فيه ، فإن كان بإذن السيد تخير ، فإن حدث العيب بفعل المشترى قبل القبض أو كانت الغبطة فى الإمساك والمشترى مفلس أو ولى أو عامل قراض أو وكيل ورضيه موكله

المبيع على مايشمل الثمن نظير مامر له لتعبير المصنف بالمشترى (قوله أو حدث قبل القبض) بغير فعل المشترى على مايأتى (قوله إجماعا) علة لقوله للمشترى الخ (قوله ولأن المبيع فى الثانى) هو قوله أو حدث قبل القبض (قوله وإن قدر من خير على إزالة العيب) أى بمشقة أخذا من قوله الآتى لأنه لامشقة فيه الخ ، فلو كان يقدر على إزالته من غير مشقة كازالة اعوجاج السيف مثلا بضربة فلا خيار له ، وهذا ظاهر إن كان يعرف ذلك بنفسه ، فلو كان لايحسنه فهل يكلف سؤال غيره أم لا للمنة فيه نظر ، والأقرب الثانى (قوله من خير) أى منهما (قوله بغير إذن سيده) متعلق بمحرما : أى فلو مات السيد مثلا ولم يعلم الحال هل إحرامه بإذن سيده أم لا ، فهل نقول الأصل عدم الإذن فيحلله المشترى أو لا لأن الظاهر أنه إنما أحرم بإذنه وقد تحققنا صحة الإحرام ، والأصل عدم مبيح التحليل ، فيه نظر ، والأقرب الثانى . وإذا قلنا بأن الأصل عدم مبيح التحليل هل يثبت للمشترى الخيار حملا على أن الإحرام بإذن السيد أو لا عملا بالأصل من أن العقد إذا لزم الأصل عدم فسخه ، ويدل له ما يأتى من أنهما لو اختلفا فى قدم العيب وحدوثه صدق البائع لأن الأصل عدم مثبت الفسخ ، وهذا كله حيث لاوارث ، فإن كان له وارث وصدق العبد فى إحرامه بإذن مورثه فهل للمشترى الفسخ لأن الوارث قام مقام مورثه أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول للعلة المذكورة (قوله لقدرته على تحليله) أى بأمره بفعل مايحرم على المحرم . ويرد عليه ما قالوه من حرمة صوم المرأة نفلا وزوجها حاضر وعللوه بأنه يهاب إفساد العبادة إلا أن يقال : المقصود من شراء العبد المالية وعدم جواز تحليله ، فيه أنه قد يؤدى إلى تفويت مال على الغير اه حج بالمعنى (قوله أو كانت) أى أو لم تحدث وكانت الخ . حاصله أنه إن لم يكن فى شرائه غبطة واشترى الولى بعين المال لم يصح أو فى الذمة وقع الشراء للولى وإن كانت الغبطة فيه للمولى عليه وكان معيبا سواء كان العيب حادثا بعد العقد أو مقارنا له وقع للمولى عليه ولا خيار اه مولف (قوله فى الإمساك) أى للمعيب (قوله أو ولى) فيه تصريح بصحة الشراء للمولى مطلقا ، لكن فى شرح الروض قبيل باب المبيع قبل قبضه مانصه : فرع : ذكر فى الكفاية لو اشترى الولى لطفله شيئا فوجده معيبا فإن اشتراه بعين ماله فباطل أو فى الذمة صح للولى ، ولو اشتراه سليما فتعيب قبل القبض ، فإن كان الحظ فى الإبقاء أبقى وإلا رد ، فإن لم يرد بطل إن اشترى بعين ماله وإلا انقلب إلى الولى كذا فى التتمة . وأطلق الإمام والغزالى أنه يمتنع الرد إن كانت قيمته أكثر من الثمن ، ولا يطالب بالأرش لأن الرد ممكن وإنما امتنع للمصلحة ، ولم يفصلا بين العيب المقارن والحادث اه . وعلى مافى التتمة اقتصر السبكى اه . وعلى كلام الإمام والغزالى فهل يصح شراؤه مع العلم بالعيب إذا كانت قيمته أكثر انتهى سم على حج ؟ قلت : القياس عدم الصحة لأنه يمتنع عليه شراء المعيب مع العلم بعيبه ، لكن ماذكرناه عن المولف صريح فى الصحة وعدم الخيار إن كانت الغبطة فيه للمولى عليه ، وينبغى حمله على ما لو اشتراه للتجارة وحمل البطلان على مالو اشتراه للقنية (قوله ورضيه موكله) قضيته : أنه لايشترط فى امتناع رد العامل رضا المالك ، وهو ظاهر إن لم يصرح بطلب رده من العامل وإلا فلا

(قوله وإن قدر من خير على إزالة) غاية فى أصل المسألة

فلا خيار وكالعيب فوات وصف يزيد فى قيمته قبل قبضه وقد اشتراه به كأن اشترى رقيقا كاتبا أو متصفا بصفة أخرى ثم زالت تلك الصفة بنسيان أوغيره فى يد البائع فيثبت للمشترى الخيار وإن لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها . قال ابن الرفعة . وهذا لاشك فيه (كخصاء) بالمد (رقيق) أو بهيمة وهو مما يغلب فى جنس المبيع عدمه فيها . أما لو كان الخصاء فى مأكول يغلب وجوده فيها أو نحو بغال أو براذين فلا يكون عيبا لغلبته فيها كما قاله الأذرعى والزركشى وصرح به الرويانى ، وهو ظاهر بدليل الضابط الآتى فيكون كالثيوبة فى الإماء ، ومثل الخصاء فيما تقرر الجب لأن الفحل يصلح لما لايصلح له الخصى ، ولا نظر لزيادة القيمة به باعتبار آخر لما فيه من فوات جزء مقصود من البدن وقطع الشفرين عيب كما شمله كلامهم ، وغلبته فى بعض الأنواع لاتوجب غلبته فى جنس الرقيق (وزناه)

وجه لامتناع الرد . وقضية قوله ورضيه موكله بعد قوله وكانت الغبطة الخ أنه لو كانت الغبطة فى الرد لم ينظر لرضا الموكل فيرده الوكيل وإن منعه الموكل ولعله غير مراد ، ثم رأيت سم على حج صرح به (قوله فلا خيار) أى لحق الغرماء فى المفلس وحق المولى عليه فى الولى الخ ، ويفرق بين هذا : أى مالو حدث العيب بفعل المشترى وما يأتى أن المستأجر لو عيب الدار تخير بأن فعله لم يرد على المعقود عليه وهو المنافع لأنها مستقبلة غير موجودة حالا بخلاف فعله هنا ، وأنها لوجبت ذكر زوجها تخيرت بأن ملحظ التخيير ثم اليأس وقد وجد ، ثم رأيت مايأتى فى المبيع قبل قبضه ، وهو قريب مما ذكرته ، وما مر أن الوكيل فى خيارى المجلس والشرط لايتقيد برضا الموكل فيما لو منعه من الإجازة أو الفسخ بأن الملحظ هنا فوات المالية وعدمه وهو إنما يرجع للموكل وثم مباشرة ماتسبب عن العقد وهو إنما يرتبط هنا بمباشرة فقط اهـ حج (قوله فيثبت للمشترى الخيار) أى وإن حدث فيه صفة تجبر مانقص من قيمته بفوات الأولى لأن الفضيلة لاتجبر النقيصة (قوله كخصاء) وهو سن الخصية سواء أقطع الوعاء والذكر معا أم لا اهـ شيخنا زيادى وهو بيان المراد من الخصاء هنا وإلا فمن قطع ذكره وأنثياه يقال له ممسوح لاخصى (قوله أو نحو بغال) هذا قد يشعر بجواز خصاء البغال وليس مرادا فإنه يشترط لجواز الخصاء كونه فى صغير مأكول اللحم لايحصل منه هلاك له عادة ككون الزمان غير معتدل . وقضية تقييد الجواز بكونه فى صغير مأكول أن ماكبر من فحول البهائم يحرم خصاؤه وإن تعذر الانتفاع به أو عسر مادام فحلا ، وينبغى خلافه حيث أمن هلاكه بأن غلبت السلامة فيه كما يجوز قطع الغدة من العبد مثلا إزالة للشين حيث لم يكن فى القطع خطر (قوله أو براذين) وبحث الأذرعى أنه ليس بعيب فى الضأن المقصود لحمه لغلبة ذلك فيها أيضا اهـ حج ، وهو مستفاد من قوله فى مأكول يغلب وجوده فيها ، ومثل ذلك مالو خلق فاقدهما فله الخيار (قوله الجب) ومثل ذلك مالو خلق فاقدهما فله الخيار (قوله وقطع الشفرين) بضم الشين (قوله فى جنس الرقيق) لكن قضية مامر فى البراذين أنه ليس عيبا فى خصوص ذلك النوع . وقد يفرق بين نحو البراذين والإماء بأن الخصاء فى البراذين لمصلحة تتعلق بها كتذليلها وتذليل الثيران لاستعمالها فى نحو الحرث ولا كذلك فى قطع الشفرين من الأمة فجعل ذلك فيها عيبا مطلقا وإن اعتيد ، أو يقال البراذين جنس مستقل ، والبقر جنس ، والبغال جنس ، وغلبة الخصاء فى كل منها غلبة فى جنسه ، بخلاف الرقيق فإنه جنس واحد كما يأتى فى السلم ، فغلبة قطع الشفرين فى بعضه لاتستلزم غلبته فى مطلقه (قوله وزناه) ولم يوجد عند المشترى بل عند البائع فقط أو وجد عندهما . أما

(قوله يغلب وجوده فيها) الأولى فيه (قوله لأن الفحل) تعليل لأصل المتن

ذكرا أو أنثى ولواطه وتمكينه من نفسه وسحاقها (وسرقته) إلا فى دار الحرب فإن المأخوذ غنيمة . نعم هو صورة سرقة (وإباقه)إلا إذا جاء إلينا مسلما من بلاد الهدنة لأن هذا إباق مطلوب ، ومحل الرد به إذا عاد وإلا فلا ردّ ولا أرش ، وسواء فى هذه الثلاثة أتكررت أم لا ، ولو تاب فاعلها وحسن حاله لأنه قد يألفها ولأن تهمتها لاتزول ، ولهذا لايعود إحصان الزانى بتوبته ، وهذا هو المعتمد وإن رده بعض المتأخرين ، والفرق بين السرقة والإباق وبين شرب الخمر ظاهر ، والأوجه أن وطء البهيمة كذلك ، وأفتى البغوى فيمن اشترى أمة ظنها هو وبائعها زانية وبانت كذلك بأنه يتخير لأنه لم يتحقق زناها قبل العقد ، وأقره غير واحد ومنه يؤخذ أن الشراء مع ظن العيب

لو وجد عند المشترى ولم يثبت وجوده عند البائع فهو عيب حدث عند المشترى فلا ردّ به ، وما توهمه بعضهم من أنه يردّ بما ذكر قال : لأن وجوده بيد المشترى أمارة على وجوده قبل فى يد البائع لما جرت به العادة الإلهية من أنه تعالى لايكشف الستر عن عبده فى أوّل مرة ، فصريح كلامهم يخالفه لأن الأحكام إنما تناط بالأمور الظاهرة فلا التفات له ، وبتسليمه فيجوز أن المرة الأولى وجدت فى يد المشترى وإن لم تظهر والثانية من آثارها .

[تنبيه] يثبت زنا الرقيق بإقرار البائع أو ببينة ، ويكفى فيها رجلان لأنه ليس فى معرض التعبير حتى يشترط له أربعة رجال ، ولا يكفى إقرار العبد بالزنا لأن فيه ضررا بغيره فلا يقبل منه .

[فرع] لو زنى أو سرق العبد قبل رقه فالظاهر أنه عيب اهـ سم على منهج . أقول : وهل مثلهما غيرهما كالجناية وشرب المسكر والقذف ؟ فيه نظر ، ولا يبعد أنها كذلك لأن صدورها منه يدل على إلفه لها طبعا وإن كانت موجودة فى الحرية (قوله وسحاقها) ولو من صغير له نوع تمييز اهـ حج وهو راجع لقوله وزناه الخ (قوله وسرقته) أى ولو اختصاصا اهـ حج . وإن وجدت عند المشترى بعد وجودها فى يد البائع (قوله لأن هذا إباق مطلوب) ويلحق به مالو أبق إلى الحاكم لضرر لايحتمل عادة ألحقه به نحو سيده وقامت به قرينة اهـ حج . وأطلق على المجىء للحاكم إباقا لأن الإباق هو الهرب من السيد وإن عرف المحل الذى ذهب إليه . وفى المختار : أبق العبد يأبق ويأبق بكسر الباء وضمها : أى هرب اهـ . وفى حج أيضا : وما لو حمله عليه تسويل نحو فاسق يحمل مثله على مثله عادة اهـ : أى فلا يثبت به الخيار ، وله وجه لأنه معذور فى ذلك . وينبغى تصديق العبد فى ذلك إن دلت عليه قرينة ، وقول حج إلى الحاكم : أى أو إلى من يتعلم منه الأحكام الشرعية حيث لم يغنه السيد عنه (قوله ومحل الرد به) أى الإباق (قوله إذا عاد) هذا يصوّر بما إذا أبق فى يد المشترى وكان أبق فى يد البائع ، وإنما ردّ مع حصوله فى يده لأنه من آثار ماحصل فى يد البائع ، ولا فرق بين أن يكون ما فى يد المشترى أكثر وينقص به المبيع أوّلا ، هذا هو المعتمد من خلاف فيه اهـ سم على حج (قوله ولا أرش) أى لاحتمال عوده (قوله وسواء فى هذه) أى وما ألحق بها من اللواط وما بعده (قوله أتكرّرت أم لا) وجدت فى يد المشترى أيضا أم لا (قوله ولأن تهمتها) أى النقص والحاصل به لايزول الخ (قوله وهذا هو المعتمد) متصل بقوله ولو تاب فاعلها الخ (قوله بين شرب الخمر) أى إذا تاب منه (قوله ظاهرا) وهو أن تهمتها لاتزول بخلاف شرب الخمر لكن هل يشترط لصحة توبته من شرب الخمر ونحوه مضى مدة الاستبراء وهو سنة أولا ؟ ، فيه نظر والأقرب الثانى (قوله والأوجه أن وطء البهيمة كذلك) أى يثبت به الخيار ولو مرة وتاب منه (قوله لأنه لم يتحقق) أى ومن ذلك أيضا ما اعتيد فى مريد بيع الدواب من ترك حلبها لإيهام كثرة اللبن فظن المشترى ذلك لايسقط الخيار لأنه من

(قوله والأوجه أن وطء البهيمة كذلك) يعنى ولو تاب فاعله كما هو صريح عبارة التحفة

لايسقط الرد . نعم يتجه حمله على ظن مساو طرفه الآخر أو مرجوح ، فإن كان راجحا فلا لأنه كاليقين ، ويؤيده إخبار البائع بعينه إذ لايفيد سوى الظن ، ولو اشترى شيئا فقال إنه لاعيب به ثم وجد به عيبا فله رده به ، ولا يمنع منه قوله المذكور لأنه بناه على ظاهر الحال (وبوله بالفراش) مع اعتياده ذلك وبلوغه سبع سنين بخلاف مادونها : أى تقريبا لقول القاضى أبى الطيب وغيره بأن لايكون مثله يحترز منه ، ومحله إن وجد البول فى يد المشترى أيضا ، وإلا فلا لتبين أن العيب زال ، وليس هو من الأوصاف الخبيثة التى يرجع إليها الطبع بخلاف ماقبله ، وشمل كلامه مالو لم يعلم به إلا بعد كبره فله الرد به على الأصح وإن حصل بسبب ذلك زيادة نقص فى القيمة خلافا للمتولى ومن تبعه (وبخره) المستحكم بأن علم كونه من المعدة لتعذر زواله بخلافه من الفم لسهولة زواله بالتنظيف ، ويلحق به تراكم وسخ على أسنانه تعذر زواله (وصنانه) المستحكم المخالف للعادة دون مايكون العارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ومرضه وإن لم يكن مخوفا . نعم لوكان خفيفا كصداع يسير فلا رد به خلافا لبعضهم أخذا مما ذكروه فى أعذار الجمعة والجماعة ، ولو ظن مرضه عارضا فبان أصليا تخير كما لو ظن البياض بهقا فبان برصا . ومن عيوب الرقيق وهى لاتكاد تنحصر كونه نماما شتاما أو آكل الطين أو تمتاما

الظن المرجوح أو المساوى لعدم اطراد الحلب فى كل بهيمة (قوله على ظن مساو طرفه الخ) قد يقال حيث تساوى طرفاه لم يكن ظنا بل شكا وحيث كان مرجوحا كان وهما ، فالقول بما ذكر تضعيف فى المعنى لمن ألغى الظن . نعم الظن تتفاوت مراتبه باعتبار قوة الدليل وضعفه ، فينبغى أن يقيد الظن بما لم يقو دليله بحيث يقرب من اليقين ويمكن حمل كلام الشارح عليه (قوله فإن كان راجحا فلا) أى فلا خيار (قوله ويؤيده) أى الحمل قد يتوقف فى التأييد بما ذكر لما سيأتى من أن إخباره بما يعاين كالبرص لايكفى مع إفادته الظن ، على أنه قد يفرق بين الظن المستند لاخبار وبين غيره فإنهم فى باب المياه ونحوها نزلوا الظن المستند لاخبار العدل منزلة اليقين ولم يعتبروا غيره (قوله بعيبه) أى فإنه لارد به وإن وجده كذلك (قوله ولو اشترى شيئا فقال) أى المشترى لمن سأله عنه أو فى مقام مدحه (قوله بالفراش) وخرج بالفراش غيره كما لوكان يسيل بوله وهو ماش فإنه يثبت به الخيار بالطريق الأولى لأنه يدل على ضعف بالمثانة ، ومثل ذلك خروج دود القرح المعروف (قوله مع اعتياده) أى عرفا فلا يكفى مرة فيما يظهر لأنه كثيرا مايعرض المرة بل والمرتين ثم يزول اهـ حج (قوله أى تقريبا) كشهرين حال من سبع ولو ذكره متصلا به كان أولى (قوله ما لو لم يعلم) أى بالبول فى الفراش (قوله إلا بعد كبره) أى العبد أى بأن استمر يبول إلى الكبر ولم يعلم به (قوله خلافا للمتولى) ويؤيد ما قاله المتولى ما يأتى فى المرض من أنه لارد به لزيادته فى يد المشترى (قوله ومن تبعه) منهم حج (قوله المستحكم) بكسر الكاف لأنه من استحكم وهو لازم . قال فى المختار : وأحكم فاستحكم : أى صار محكما وبه يعلم ما اشتهر على الألسنة من قولهم فساد استحكم بضم التاء خطأ (قوله وصنانه) ضبطه فى القاموس بالقلم بضم الصاد (قوله دون ما يكون لعارض) يؤخذ منه أن قوله المخالف للعادة صفة مبينة للمراد بالاستحكام لا زائدة عليه (قوله ولو ظن مرضه عارضا) أى فاشتراه بناء على سرعة زواله .

[فرع] وقع السؤال فى الدرس عما لو اشترى عبدا وختنه ثم اطلع فيه على عيب قديم هل له الرد أم لا ؟ والظاهر أن يقال : إن تولد من الختان نقص منع من الرد وإلا فلا ، ووقع السؤال فيه أيضا عما لواشترى رقيقا

(قوله نعم يتجه حمله على ظن مساو الخ) أى فالمراد بالظن هنا مايشمل الأطراف الثلاثة كما هو عرف الفقهاء بخلاف عرف الأصوليين

مثلا أو كذابا أو قاذفا أو مقامرا أو تاركا للصلاة . قال الزركشى : وينبغى اعتبار ترك مايقتل به اه . وهو ظاهر وفى إطلاق كون الترك عيبا نظر لاسيما من قرب عهده ببلوغ أو إسلام إذ الغالب عليهم الترك خصوصا الإماء بل هو الغالب فى قديمات الإسلام . وقضية الضابط أن يكون الأصح منع الرد أو شاربا للخمر أو نحوه مما يسكر وإن لم يسكر بشربه . قال الزركشى كالأذرعى ، وينبغى أن يكون محله فى المسلم دون من يعتاد ذلك من الكفار فإنه غالب فيهم وهو ظاهر مأخوذ من الضابط الآتى ، ومثل المشروب البنج والحشيش أو أصم ولو فى إحدى أذنيه أو أقرع أو أبله أو أرتّ أو لايفهم أو ألثغ أو مجنونا وإن تقطع جنونه أو أشلّ أو أجهر أو أعشى أو أخشم أو أبكم أو فاقد الذوق أو أنملة أو ظفر أو شعر ولو عانة أو فى رقبته لا ذمته دين

فوجده يغطّ فى نومه أو وجده ثقيل النوم هل يثبت له الخيار أم لا ؟ فيه نظر ، والظاهر أن يقال : إن كان فيهما زائدا على عادة غالب الناس ثبت له الخيار وإلا فلا ، لأن الأوّل ينقص القيمة والثانى يدل على أنه ناشىء عن ضعف فى البدن .

[فرع] ليس من العيوب فيما يظهر ما لو وجد أنف الرقيق مثقوبا أو أذنه لأنه للزينة (قوله أو كذابا) وعبروا هنا بالمبالغة لا فى نحو قاذفا فيحتمل الفرق ، ويحتمل أن الكل السابق والآتى على حد سواء فى أنه لابد أن يكون كل من ذلك صار كالطبع له : أى بأن يعتاده عرفا نظير مامر اه حج (قوله أو قاذفا) أى ولو لغير المحصنات مر اه سم على حج (قوله ترك مايقتل به) أى وهو صلاة واحدة خرج وقتها الضرورى ، وظاهره وإن لم يرفع أمره للإمام لكن فى كلام حج مانصه : لكن يشكل عليه : أى اعتبار تكرر مايعدّ عيبا فيه بحث الزركشى أن ترك صلاة واحدة يقتل بها عيب إلا أن يجاب بأن هذا صيره مهدرا وهو أقبح العيوب اه . وقضية قوله مهدرا أنه لابدّ من أمر الإمام له بها ، إلا أن يقال : معنى قوله مهدرا أنه صار معرضا للإهدار (قوله منع الرد) أى بترك الصلاة على المعتمد (قوله أو نحوه) أى وإن لم يتكرر منه ذلك ، وظاهره وإن اعتقد حله كحنفى اعتاد شرب النبيذ الذى لايسكر وهو ظاهر لأنه ينقص القيمة ويقلل الرغبة فيه (قوله والحشيش) أى وإن لم يسكر به فيما يظهر (قوله أو أصم) أى ولو فى إحدى أذنيه المراد بالصمم هنا مايشمل ثقل السمع لأنه ينقص القيمة (قوله أو أبله) رجل أبله بين البله والبلاهة ، وهو الذى غلبت عليه سلامة الصدر وبابه طرب وسلم وتبله أيضا والمرأة بلهاء ، وفى الحديث « أكثر أهل الجنة البله » يعنى البله فى أمر الدنيا لقلة اهتمامهم بها وهم أكيس الناس فى أمر الآخرة اه مختار . أقول : والظاهر أن هذا المعنى غير مراد هنا ، وإنما المراد بالأبله من يغلب عليه التغفل وعدم المعرفة ، ويوافقه قول المصباح : بله بلها من باب تعب ضعف عقله فهو أبله ، والأنثى بلهاء والجمع بله مثل أحمر وحمراء وحمر ، ومن كلام العرب : خير أولادنا الأبله الغفول . المعنى : أنه لشدة حيائه كالأبله يتغافل ويتجاوز فشبه ذلك بالبله مجازا (قوله أو أرتّ) أى لايفهم كلامه الغير اه شرح روض . ولعل مثله الأرث بالمعنى السابق فى الجماعة وهو من يدغم فى غير موضع الإدغام وقد يشعر بإرادته هنا مقابلته بالألثغ (قوله أو لايفهم) أو أبيض الشعر لدون أربعين سنة ، ويظهر أنه لابد من بياض قدر يسمى فى العرف شيبا منقصا اه حج (قوله أو أبكم) بأن يكون لايفهم كلامه (قوله أو شعر) أى لأن عدم نباته يدل على ضعف البدن ، وإنما أخذ العانة غاية لأن من الناس من يتسبب فى عدم إنباتها بالدواء ، فربما يتوهم لأجل ذلك أن عدم إنباتها ليس عيبا (قوله أو فى رقبته لا ذمته دين) يتأمل فيه ، فإن تعلق الدين برقبته يمنع صحة البيع . ثم رأيت فى الخطيب مانصه : فإن قيل من تعلق برقبته مال لايصح بيعه فكيف يعدّ من العيوب ؟ أجيب : بأن صورته أن يبيعه ثم يجنى جناية تتعلق برقبته قبل قبضه فإنها من ضمان

أو مبيعا فى جناية عمد وإن تاب منها كما جزم به فى الأنوار وهو المعتمد خلافا لبعض المتأخرين أو مكثرا لجناية الخطأ بخلاف ما إذا قل والقليل مرة وما فوقها كثير كما اقتضاه كلام الماوردى أو له أصبع زائدة أو سن شاغية أو مقلوعة لا لكبر أو به قروح أو ثآليل كثيرة أو جرب أو عمش أو سعال أو وشم كما فى الأنوار وهو محمول على غير معفوّ عنه أما معفوّ عنه بأن خشى من إزالته مبيح تيمم ولم يحصل به شين فالأوجه أنه لا يكون عيبا ولا ينافيه ما أذكره فى الغاية لأن هذا إطلاق يمكن تخصيصه بما ذكر لوضوح المعنى فيه أو مزوجا أو خنثى مشكلا أو واضحا أو مخنثا أو مرتدا وإن تاب قبل العلم كما قاله الماوردى وتبعه الأذرعى خلافا لبعض المتأخرين ، أو كونها رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو تغير ريح فرجها أو تطاول طهرها أو لا تحيض فى سنه غالبا أو حاملا لا فى البهائم إذا لم تنقص بالحمل أو معتدة ولو كانت محرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة خلافا للجيلى ، أو كافرا ببلاد الإسلام أو كافرة كفرا يحرم وطأها واصطكاك الكعبين وانقلاب القدمين شمالا ويمينا وتغير الأسنان بسواد أو خضرة أو زرقة أو حمرة كما بحثه الشيخ

البائع اه (قوله أو مبيعا) قضيته أنه لو عفا عنه فى جناية العمد أو فداه السيد لا يكون ذلك عيبا يثبت به الخيار والظاهر أنه غير مراد ، وعبارة الزيادى عطفا على ما يثبت الخيار وكذا جناية العمد (قوله فى جناية عمد) وينبغى أن مثله شبه العمد (قوله أو له أصبع زائدة) ظاهره ولو كانت على سمت الأصابع ولم ينقص بها بطش يده ، وقد يقال : ينبغى تقييده بما قلناه فى السن الشاغية (قوله أو سنّ شاغية) أى زائدة ، وليست على سمت الأسنان بحيث تنقص الرغبة فيه (قوله لا لكبر) ينبغى أن يستثنى من ذلك نوع اعتيد قلع المقدم مثلا من أسنانه للتزين فلا يكون عيبا لغلبة وقوعه فيه ، لكن قياس ما تقدم له فى الشفرين وما يأتى فى قوله ومحل الكلام فيما الخ خلافه ، وينبغى أن المراد بالكبر بلوغ الأربعين كما فى الشيب ، وببعض الهوامش أن المراد به العمر الغالب وهو ستون سنة فليراجع وقد يتوقف فيه (قوله أو ثآليل) هو بالثاء المثلثة جمع ثؤلول كما فى مختار الصحاح وهو حبّ يعلو ظاهر الجسد كالحمصة فما دونها اه حج على الشمايل (قوله أو جرب) أى ولو قليلا (قوله أو سعال) أى وإن قلّ حيث صار مرضا مزمنا (قوله أو وشم) ظاهره وإن قلّ ولم يتعدّ بفعله فى الأصل ، وعموم قوله الآتى أما معفوّ عنه الخ قد يقتضى خلافه مع قطع النظر عن قوله بأن خشى الخ ، وينبغى أن محل كون الوشم عيبا إذا كان فى نوع لا يكثر وجوده فيه على مامر (قوله ولا ينافيه ما أذكره فى الغاية) أى من أن المعوّل فيها على العرف العام والوشم ليس مما يغلب فيه ، فكان القياس أنه عيب وإن صار معفوّا عنه (قوله أو واضحا) إلا إذا كان ذكرا وهو يبول بفرج الرجل فقط اه حج (قوله أو مخنثا) بكسر النون لأنهم فسروه بالمتشبه بالنساء فيكون بصورة اسم الفاعل ، لكن فى شرح الشارح فى باب الجهاد ما يناقضه (قوله أو تطاول) الذى يظهر أن المراد بطول الظهر هنا أن يطول إلى حد لا يوجد فى النساء لا نادرا اه سم على حج (قوله أو لا تحيض فى سنه) زاد حج : وهو عشرون سنة (قوله أو معتدّة) أى لأنه قد يريد تزويجها حالا (قوله أو كافرا ببلاد الإسلام) ظاهره وإن اتصلت ببلاد الكفر (قوله كفرا يحرم وطأها) مفهومه أن الكفر الذى لا يحرم به الوطء ليس عيبا فى الأمة ، وهو مشكل بقوله قبل أو كافرا ببلاد الإسلام ، لأن مقتضاه أنه لا فرق بين العبد والأمة اللهم إلا أن يقال : المراد أنه علم بأصل كفرها وظنه لا يحرم فبان خلافه ، وينبغى أن من العيوب أيضا مالو وجد كثير البكاء أو كثير الضحك لأن ذلك ينقص العبد غالبا (قوله واصطكاك) أى ومنها اصطكاك الخ (قوله وتغير الأسنان بسواد) أى خلقى

(قوله أو مبيعا فى جناية عمد) قضيته أن نفس العمد ليس بعيب ، وقضية التقييد بالإكثار فى الخطأ الآتى أن العمد

وكلف يغير البشرة وكبر إحدى ثديى الأمة وخيلان بكسر الخاء كثيرة وآثار الشجاج والقروح والكى الشائنة (وجماح الدابة) بالكسر وهو امتناعها على راكبها (وعضها) وكونها رموحا أو نفورا أو تشرب لبنها أو لبن غيرها أو يخاف راكبها سقوطه عنها لخشونة مشيها أو كونها درداء لا لكبر أو قليلة الأكل أو مقطوعة الأذن بقدر مايمنع التضحية وكون الدار مختصة بنزول الجند ومجاورتها لنحو قصارين يؤذونها بدق أو يزعزعونها ولو تأذى به سكانها فقط ، أو ظهر بقربها دخان من نحو حمام ، أو على سطحها ميزاب رجل ، أو مدفون فيها ميت أو ظهر قبالة بوقفها وعليها خطوط المتقدمين ، وليس فى الحال مايشهد به إلا أن يعلم أنها مزوّرة ، وذكر بعضهم أن الشيوع بين الناس بوقفيتها عيب وهو ظاهر لأنه ينقص القيمة ، أو كون الضيعة ثقيلة الخراج فوق العادة ، أو بقربها قرود تفسد الزرع ولا أثر لظنه سلامتها من خراج معتاد ويتصوّر بيع الأرض مع كونها خراجية بما حكاه الرافعى فى زكاة النبات . عن بعضهم أنه يجوز أن يقال : الظاهر أن اليد للملك ، والظاهر أن الخراج إنما ضرب بحق فلا يترك أحد الظاهرين للآخر ، ولو اشترى بستانا فألزمه المتولى أن يصير فلاحا ثبت له الخيار إن كان معروفا بذلك وإلا فلا كما أفتى به المصنف ، وكون المبيع متنجسا ينقص بغسله أو لغسله مؤنة كما قاله الأذرعى ، وكون الماء يكره استعماله أو اختلف فى طهوريته كمستعمل كوثر فصار كثيرا أو وقع فيه مالا نفس له سائلة كما قاله

(قوله يغير البشرة) صفة كاشفة فى المصباح كلف الوجه كلفا من باب تعب تغيرت بشرته (قوله وخيلان) بكسر المعجمة فسكون التحتية جمع خال وهو الشامة على الجسد اه حج على الشمايل (قوله وهو امتناعها على راكبها) .

[فرع] قال القاضى : لو كانت تذهب من كل ماتراه فله الرد اه سم على منهج (قوله وكونها رموحا) أى كثيرة الرفس (قوله أو تشرب لبنها) أى وإن لم تكن مأكولة (قوله أو كونها درداء) أى ساقطة الأسنان كما قاله فى شرح الروض (قوله أو قليلة الأكل) بخلاف كثرة أكلها وكثرة أكل القن فليس واحد منهما عيبا ، وبخلاف قلة شربها فيما يظهر لأنه لايورث ضعفا اه سم على حج : أى وبخلاف قلة أكل القن كما يأتى للشارح من أنه لاخيار بواحد منهما فيه(قوله أو مقطوعة الأذن) ظاهره ولو كان الحيوان غير مأكول ، ويوجه بأنه يقلل الرغبة فيه (قوله لنحو قصارين) من النحو الطاحونة (قوله أو مدفون فيها ميت) صغير أو كبير مالم تندرس جميع أجزائه فيما يظهر لجواز حفر موضعه حينئذ والتصرف فيه (قوله إلا أن يعلم) أى بقرينة (قوله ولا أثر لظنه) أى فى عدم ثبوت الخيار ، فإذا ظن قلة خراجها على خلاف العادة أو عدمه ثم بان خلافه لم يتخير (قوله إنما ضرب بحق) وصورته أن تكون الأرض لحربيين فيصالحوا على أن الأرض لهم ويضرب عليها خراج مقرر فى كل سنة فإنه لايسقط بإسلامهم بعد ولا ببيعهم الأرض (قوله فألزمه المتولى) أى للقرية (قوله إن كان معروفا) أى البستان(قوله بذلك) أى الفلاحة بمعنى أنه اطردت العادة بأن من فى يده ذلك البستان يكون فلاحا إما بزراعة أرض حوله ودفع أجرتها أو بخدمة المتولى فى نحو زراعته (قوله أو وقع فيه مالا نفس له سائلة) أى لأنه يعاف وإن كان طاهرا . وقضيته أنه لاخيار فيما لو وقع فيه حىّ وأخرج مع أن النفس قد تعافه بناء على ما هو المتبادر من عبارته من أن المراد وقعت فيه ميتة لادم لها سائل . لكن إطلاق قوله مالا نفس له سائلة يشمل الحىّ وهو ظاهر إن كانت النفس تعاف ما وقع فيه ثم نزع منه . أما ما لاتعافه غالبا كمائع وقع فيه ذبابة ثم نزعت منه فينبغى أن

عيب بمجرده فليراجع : (قوله درداء) هو بالمد : أى لة الأسنان (قوله أو ظهر بقربها دخان الخ) الظاهر أن

الزركشي ، وكون أرض البناء فى باطنها رمل أو أحجار مخلوقة وقصدت لزرع أو غرس وإن أضرت بأحدهما فقط كما قاله القاضي أبو الطيب والندنيجي وغيرهما فيما لو أضرت بالغرس دون الزراعة وقيس به عكسه ، والحموضة فى البطيخ لا الرمان عيب وإن خرج من حلو كما اقتضاه إطلاقهم خلافا للأذرعي ، ولا رد بكون الرقيق رطب الكلام ، أو غليظ الصوت ، أو يعتق على من وقع له العقد ، أو بكونه يسيء الأدب ، أو ولد زنا ، أو مغنيا ، أو زامرا ، أو عارفا بالضرب بالعود ، أو حجاما ، أو أكولا ، أو قليل الأكل ، أو أصلع ، أو أغم ، ولا بكونها ثيبا إلا فى غير أوانها ، ولا عقيما ، ولا يكون العبد عنينا ، ولا بكونها محرما للمشترى ولا صائمة ، ولا بكون العبد فاسقا فسقا لا يكون سببه عيبا كما قيده به السبكي ، وليس عدم الختان عيبا إلا فى عبد كبير يخاف عليه منه بخلاف الأمة ولو كبيرة . وضابط الكبر ما يخاف من الختان فيه ، قال الأذرعي : كذا أطلقوه وينبغي أن يكون محله فيما إذا كان ممن يختتن ، أما لو كان من قوم لا يرونه كأكثر النصارى والترك وغيرهم فلا إلا أن يكون قد تقادم إسلامه أو نشأ التركي ببلاد الإسلام اهـ . والأوجه الإطلاق . ولو ظن المشترى البائع مالكا فبان وكيلا أو وصيا أو وليا أو ملتقطا لم يرد ، ولا مطمع فى استيفاء العيوب بل التعويل فيها على الضابط الذى ذكروه لها (و) هو وجود (كل ما ينقص) بالتخفيف كيخرج وقد يشدد بقلة وهو متعد فيهما (العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح) يصح عوده إلى العين والقيمة ، وأن يكون قيدا لنقص الجزء فقط احترازا عن قطع زائد وفلقة يسيرة من الفخذ اندملت بلا شين ، وعن الاندمال بعد الختان فإنه فضيلة وجرى عليه جمع من الشراح وبنوا عليه الاعتراض على المصنف بأنه كان ينبغي ذكره عقبه إما بأن يقدم ذكر القيمة أو يجعل هذا القيد عقب نقص العين قبل ذكر القيمة

لاخيار (قوله وإن أضرت بأحدهما) أى الزرع والغرس (قوله وإن) غاية خرج أى الرمان (قوله أو غليظ الصوت) قال فى متن الروض : أو كونه يعتق على الموكل اهـ . وظاهره وإن كان الوكيل عالما بذلك (قوله أو بكونه يسيء الأدب) أى بغير الشتم لما مر فيه ، وخرج بسوء الأدب سوء الخلق فيثبت به الخيار لأنه جبلة لا يمكن تغييرها ، ثم رأيته فى حج قال : والفرق بينهما واضح . أقول : ولعله ما أشرنا إليه (قوله ولا يكون العبد عنينا) قد يقال العنة إنما تنشأ عن ضعف غالبا (قوله ولا صائمة) أى بخلاف ما لو نذرت صوم مدة طويلة بإذن المالك ، فإن المشترى يثبت له الخيار لتضرره به (قوله لا يكون سببه عيبا) كترك الصلاة على مامر (قوله بخلاف الأمة) وقد يقال : الفرق أن الختان فى أمة بقطع جزء من بظرها وإن قل وهو لا يضر غالبا ، بخلافه فى العبد فإنه يقطع جميع القلفة ومع الكبر يتولد منه الضرر (قوله والأوجه الإطلاق) أى فلا فرق بين كونه من قوم يختتنون أولا قرب عهده بالإسلام أولا ، ويحتمل رجوعه لقوله إلا أن يكون تقادم إسلامه أو نشأ الخ ، فيكون التقييد بكونه من قوم لا يختتنون معتبرا (قوله فبان وكيلا) إنما نص على ذلك لأنه قد يقال : يحتمل إذا بان يتصرف عن غيره وجود نزاع من المالك بعد كأن يدعى أن تصرفه وقع على خلاف المصلحة أو أن المالك ينكر التوكيل بعد مدة (قوله وقد يشدد) أى مع ضم الياء (قوله وأن يكون قيدا لنقص الخ) وفى بعض النسخ : ويصح جعله قيدا لنقص

المراد بالظهور هنا الكثرة احترازا عن الدخان القليل ، وإلا فما معنى التعبير بالظهور فليراجع (قوله وقصدت لزرع أو غرس) لعل أو بمعنى الواو أو أن الألف زائدة من الكتبة حتى يلائم ما بعده ، والعبارة للروض وليس فيها ألف (قوله وهو متعد فيهما) أى هنا وإلا فالمخفف يأتى لازما كما يأتى متعديا لواحد ولاثنين ومثله فى ذلك زاد (قوله إلى العين والقيمة) أى ويكون فى القيمة احترازا عن نقص يسير يتغابن به كما صرح به فى التحفة وكذا

وتبعهم الشيخ فى منهجه(إذا غلب) فى العرف العام لا فى محل البيع وحده فيا يظهر .ومحل الكلام فيا لم ينصوا فيه على كونه عيبا وإلا فلا اعتبار فيه بعرف يخالفه مطلقا كما لايخفى (فى جنس المبيع عدمه) قيد لهما احترازا فى الأول عن قلع الأسنان فى الكبير وفى الثانى عن ثيوبة الكبيرة وبول الصغير ، فإنهما وإن نقصا القيمة لايغلب عدمهما فى جنس المبيع (سواء) فى ثبوت الخيار (أقارن) العيب (العقد أم حدث) بعده (وقبل القبض) أم بعده واستند إلى سبب كما سيأتى لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع كما لو اشترى بكرا مزوّجة وهو جاهل فأزال الزوج بكارتها فله الرد ، فإن كان عالما فلا خيار له كما ذكره السبكى وغيره ، ولا أرش لرضاه بسببه (ولو حدث) العيب بعده أى القبض (فلا خيار) للمشترى لأنه بالقبض صار من ضمانه فكذا جزؤه وصفته ، ومحل ذلك بعد لزوم العقد أما قبله فالقياس بناؤه على مالو تلف حينئذ هل ينفسخ ،والأرجح على ماقاله الرافعى إن قلنا الملك للبائع انفسخ وإلا فلا . فإن قلنا ينفسخ فحدوثه كوجوده قبل القبض كما صرح به الماوردى عن ابن أبى هريرة لأن من ضمن الكل ضمن الجزء أو لاينفسخ فلا أثر لحدوثه ، ، وسكتوا عن بيان حكم المقارن للقبض مع أنه تنافى فيه القبلية والبعدية ، والأوجه أن له حكم ماقبل القبض لأن يد البائع عليه حسا فلا يرتفع ضمانه إلا بتحقق ارتفاعها وهو لايحصل إلا بتمام قبض المشترى له سليما (إلا أن يستند إلى سبب متقدم) على العقد أو القبض وهو جاهل به (كقطعه بجناية) قودا أو سرقة (سابقة) وزوال بكارة بزواج متقدم (فيثبت له الرد فى الأصح) إحالة على السبب ، فإن كان عالما

القيمة فقط احترازا عن نقص يسير لايتغابن به (قوله لا فى محل البيع) قد يقال : بل الذى يظهر اعتبار محل العقد فإنه الذى ينصرف إليه الإسم عند إطلاق المتعاقدين ، ويوافقه مامر فى البغال ونحوها عن الأذرعى ، وكذا مامرّ فى عدم ختان العبد الكبير عن الأذرعى أيضا (قوله فى جنس المبيع عدمه) هل من ذلك مالو اشترى ثورا فى سن يغلب وجود الخصاء فى مثله فوجده فحلا ؟ فيه نظر ، ولا يبعد أنه عيب لأن ذلك يمنع من الرغبة فيه وينقص القيمة (قوله قيد) أى إذا غلب الخ (قوله لهما) أى العين والقيمة (قوله عن ثيوبة الكبيرة) خرج به مالو كانت فى سن لاتحتمل فيه الوطء ووجدها ثيبا فله الخيار بذلك (قوله كما لو اشترى) مثال لما حدث بعده وقبل القبض (قوله فله الرد) ومثل ذلك جلده المؤثر فيه لمعصية سابقة اهـ ع . وفى سم على منهج ع : انظر لو شاب العبد عند البائع فى غير أوانه واستمر عنده حتى دخل أوانه ثم باعه هل يكون دخول الأوان فى معنى الزوال فلا خيار وهو محتمل اهـ.أقول: ويحتمل أن يفصل بين أن يكثر الشيب بعد دخول الأوان بواسطة ماتقدم منه على الأوان أولا بأن يكون الموجود بعد دخول الأوان قدر مايعتاد فى الأوان اهـ.وأقول: قد يقال بل له الرد مطلقا وإن لم يزد الشيب لأنه يتبين به أن به ضعفا فى بدنه فيردّ به(قوله كما ذكره السبكى)لاحاجة إلى عزوه للسبكى لعلمه مما سيأتى فى قوله إلا أن يستند الخ ،ثم رأيت حج قال مامعناه: أن علمها مما يأتى ممنوع لأن ماسيأتى فيا بعد القبض وهذا فيا قبله قال : وقد ينازع فى عدم ثبوت الخيار بأنه لا عبرة بالرضا بالسبب مع كون الضمان على البائع فالأخذ بإطلاقهم غير بعيد (قوله فالقياس بناؤه) أى بأن قلنا للمشترى أو موقوف (قوله انفسخ) ويضمنه المشترى بالبدل الشرعى وهو المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوّم (قوله فإن قلنا ينفسخ) بأن قلنا الملك فيه للبائع (قوله أو لاينفسخ) بأن كان للمشترى أو موقوفا(قوله فلا أثر لحدوثه) فيمتنع الرد(قوله والأوجه أن له حكم ماقبل القبض) فيثبت ، به الخيار

فى بعض نسخ الشارح (قوله وإلا فلا اعتبار فيه بعرف يخالفه) يعكر مامر له فى ترك الصلاة حيث نصوا على أنه عيب ، ونازعهم تبعا لغيره بقضية الضابط المذكور (قوله على ماقاله الرافعى) انظر ماوجه هذا التبرى

فلا ردّ ولا أرش لتقصيره . والثانى لايثبت لأنه قد يتسلط على التصرف بالقبض فيدخل المبيع فى ضمانه أيضا ، فلو كان عن ضمان البائع أدى إلى توالى ضمانين . نعم لو اشترى حاملا فوضعت فى يده ونقصت بسبب الوضع فلا رد كسائر العيوب الحادثة كما قالاه ، ومنازعة الأسنوى وغيره فيه مردودة بأنه كموته بمرض سابق المذكورة فى قوله (بخلاف موته بمرض سابق) على ماذكر جهله (فى الأصح) لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد ولا تتحقق إضافته إلى السابق فلا رد له بذلك : أى لايرجع فى ثمنه حينئذ ، فالمراد نفى رد الثمن لا المبيع للعلم بتعذر رده بموته ، وإليه أشار الشارح بقوله فلا يثبت به لازم الرد فلا اعتراض حينئذ ، نعم للمشترى أرش المرض من الثمن وهو مابين قيمته صحيحا ومريضا وقت القبض ، ولو كان المرض غير مخوف بأن لم يورث نقصا عند القبض فلا أرش جزما ، ومقابل الأصح يقول السابق أفضى إليه فكأنه سبق فينفسخ البيع قبيل الموت (ولو قتل) المبيع (بردة سابقة) هو مثال نبه به على الضابط الأعم وهو أن يقتل بموجب سابق كقتل أو حرابة أو ترك صلاة بشروطه (ضمنه البائع فى الأصح) لما مر فيرد ثمنه للمشترى إن كان جاهلا لعذره وإلا فلا ، وكون القتل فى تارك الصلاة إنما هو على تصميمه على عدم القضاء غير ضار ، إذ الموجب هو الترك والتصميم إنما هو شرط الاستيفاء كالردة فإنها الموجبة للقتل والتصميم عليها شرط للاستيفاء ، ويتفرع على مسألتى نحو المرض والردة مؤن تجهيزه ، فهى على المشترى فى الأولى وعلى البائع فى الثانية : أى إن أريد تجهيز المرتد إذ الوجوب منتف فيه ، والثانى لايضمنه البائع ولكن تعلق القتل به عيب يثبت به الأرش وهو مابين قيمته مستحق القتل وغير مستحقه من الثمن ، ولو استلحق البائع المبيع ووجدت شروط الاستلحاق ثبت نسبه منه ، ولكن لايبطل البيع إلا إن أقام بينة بذلك أو صدّقه المشترى أخذا مما يأتى أوّل محرمات النكاح إن أباه لو استلحق زوجته ولم يصدقه لم ينفسخ النكاح وإن كانت أخته ، وعلم من كلام المصنف صحة بيع المرتد كالمريض المشرف على الهلاك وكذا المتحتّم قتله بالمحاربة ولا قيمة على متلفه كما نقلاه فى الثانية عن القفال وقول بعضهم لعله بناها ، على أن المغلب فى قتل المحارب معنى الحد لكن الصحيح أن المغلب فيه معنى القصاص ، وأنه لو قتله غير الإمام بغير إذن لزمه دينه . وقضيته أنه يلزم قاتل العبد المحارب قيمة لمالكه ، نبه على ذلك الأذرعى ، أجاب عنه الوالد رحمه الله تعالى بحمله على قاتله بأمر الإمام . وأما المرتد

ويمكن شمول قول المصنف قبل القبض له بأن يراد بقبل القبض ماقبل تمام القبض (قوله كسائر العيوب) أى وله الأرش ، ومفهوم قوله نقصت أنها لو لم تنقص كان له الرد وهو ظاهر (قوله للمشترى أرش المرض من الثمن) أى فيكون جزءا منه نسبته إليه كنسبة مانقص المرض من القيمة على ما يأتى فى قوله وهو مابين قيمته صحيحا ومريضا مسامحة (قوله أو حرابة) أى قطع طريق (قوله لما مر) أى من قوله إحالة على السبب (قوله إذ الوجوب منتف فيه) أى أو يحمل على مالو تأذى الناس برائحته مثلا فإن على سيده تنظيف المحل منه (قوله صدقه المشترى) أى فيبطل ويرجع بالثمن (قوله صحة بيع المرتد) أى لاحتمال إسلامه ثم إن أسلم دام البيع ، وإلا فإن كان جاهلا بالردة انفسخ البيع كما مر وإن كان عالما استقرّ عليه الثمن (قوله وقول بعضهم لعله) أى القفال (قوله وقضيته) أى

(قوله فيدخل المبيع فى ضمانه أيضا) أى كما تسلط عليه (قوله أدّى إلى توالى ضمانين) أى اجتماع ضمانين على المبيع فى حالة واحدة ، وهما ضمان المشترى كما ذكر وضمان البائع لو أثبتناه : أى وذلك لانظير له . لكن الجواب عنه أن ضمان البائع إنما هو فى خصوص هذا العيب الذى حدث سببه عنده لاغيره (قوله إلا إن أقام بينة بذلك) فى قبول بينته حينئذ نظر ومخالفة لما ذكروه فيما لو باع دارا ثم ادعى وقفيتها ، وفى بعض النسخ إسقاط الهمزة من أقام فليراجع

فلا فرق فى قاتله بين الإمام وغيره ، وبه صرح المتولى مع أن الحكم غير منحصر فيه وفى المرتد بل هو جار فى غيرهما كتارك الصلاة والصائل والزانى المحصن بأن زنى ذمى ثم التحق بدار الحرب ثم استرق فيصح بيعهم.ولا نيسة على متلفهم ، وخرج بالإتلاف مالو غصب إنسان المرتد مثلا فتلف عنده فإنه يضمنه لتعديه على مال غيره ، وإنما لم يضمن بالقتل لأن قتله فى حكم إقامة الحد ، فمن ابتدر قتله من المسلمين كان مقيما حد الله تعالى ، وهذا يمثل بعبد مغصوب فى يد الغاصب يقول له مولاه اقتله ، فلو قتله لم يضمنه ولو تلف فى يده ضمنه على ماجزم به الأسنوى ، ونقله عن الإمام عن الشيخ أبى على لكنه مردود ، إذ المرتد لاقيمة له فكما لايضمن بالإتلاف لايضمن بالتلف . والفرق بين مسئلتنا ومسئلة قول مالك المغصوب لغاصبه اقتله واضح ، وسيأتى ذلك واضحا فى باب الغصب ، وأن حاصله أن الردة إن طرأت فى يد الغاصب ضمنه ، وإن كانت موجودة قبل الغصب لم يضمنه (ولو باع) حيوانا أوغيره (بشرط براءته من العيوب) فى المبيع أو أن لا يرد بها صح العقد مطلقا كما علم مما مر فى المناهى

يحمل القول بعدم ضمان من تحتم قتله بالحرابة (قوله غير منحصر فيه) أى المتحتم قتله (قوله والزانى المحصن) أى ولو بغير إذن الإمام فى الصور الثلاث فإنه لاضمان على قاتله ، والفرق بينهم وبين المتحتم قتله فى الحرابة أما بالنسبة للصائل فظاهر لأن غرض القاتل الدفع عن نفسه وأما بالنسبة للزانى وتارك الصلاة فلعله أن المتحتم قتله فى الحرابة لما كان المغلب فى قتله معنى القصاص أشبه المعصوم المتعلق برقبته قصاص ، بخلاف الزانى المحصن وتارك الصلاة فإن كلا منهما تمحض قتله لحق الله تعالى فقوى سبب إهداره (قوله وخرج بالاتلاف الخ) قال م ر : ولو قتل المرتد فى يد غاصبه فهل يضمنه ؟ ينظر إن غصبه مرتد فلا ضمان أو غير مرتد ثم ارتد فى يده ضمنه اه سم على منهج ثم رأيت ما يأتى فى الشارح (قوله فإنه يضمنه) ضعيف (قوله وهذا يمثل) أى يشبه (قوله لكنه مردود) معتمد (قوله واضح) وهو أن المرتد لاقيمة له فعدم الضمان فيه لذلك ، بخلاف المغصوب غير المرتد فإن له قيمة ، وإنما سقط الضمان فيه لإذن المالك فى إتلافه (قوله ولو باع) أى العاقد سواء كان متصرفا عن نفسه أو وليا أو وصيا أو حاكما أو غيرهم كما يفيده إطلاقه ، وينبغى تقييده بالشارط المتصرف عن نفسه لا عن غيره لأنه إنما يتصرف بالمصلحة وليس فى ذلك مصلحة ، فلا يصح العقد أخذا مما تقدم أن الوكيل لايجوز له أن يشترى المعيب ولا أن يشرط الخيار للبائع أو لهما ، فلو شرط المشترى البراءة من العيوب فى المبيع أو البائع البراءة من العيوب فى الثمن وكلاهما يتصرف عن غيره لم يصح لانتفاء الحظ لمن يقع العقد له (قوله ولو باع حيوانا أوغيره) مع قوله صح العقد مطلقا تصريح بأنه لو باع غير الحيوان بهذا الشرط صح البيع دون الشرط اه سم على حج (قوله فى المبيع) مثله مالو اشترى بشرط براءته من العيوب فى الثمن ، ولعله ترك التنبيه عليه لما مر من أن الثمن مضبوط غالبا فلا يحتاج إلى شرط البراءة فيه (قوله أو أن لايرد بها) مثله فى الشيخ عميرة بعنوان : أوقال بشرط أن لاترده جرى فيه الخلاف المذكور اه . ويشكل على ذلك مامر من أنه إذا شرط خلاف مقتضى العقد لم يصح العقد ، اللهم إلا أن يقال : إن هذا لما كان مؤكدا للعقد وموافقا للظاهر مع كون الأصل السلامة من العيوب اكتفى به . وقال الشيخ عميرة : ومثله مالو قال : أعلمك أن به جميع العيوب فهذا كشرط البراءة أيضا ، لأن مالاتمكن معاينته منها لايكفى ذكره مجملا ، وما يمكن لاتغنى تسميته (قوله صح العقد) جعل جواب لو محذوفا ، وقوله فالأظهر جوابا لمقدر

(قوله إذ المرتد لاقيمة له) قد يقال فلم صح بيعه . فإن قلت : معنى كونه لاقيمة له : أى على قاتله لأنه فى معنى إقامة الحد.قلت : ينافيه قوله بعد لايضمن بالتلف (قوله واضح) أى لأن العبد له قيمة (قوله فى المبيع)

لأنه شرط يؤكد العقد ويوافق ظاهر الحال من السلامة من العيوب ، وإذا شرط (فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن) من زيادته على المحرر ولا بدّ منها كما قاله فى الدقائق (بالحيوان) موجود حال العقد (لم يعلمه) البائع (دون غيره) أى غير العيب المذكور فلا يبرأ عن عيب فى غير الحيوان ولا فيه لكن حدث بعد البيع وقبلَ القبض مطلقا ، ولا عن عيب ظاهر فى الحيوان علمه البائع أولا لسهولة الاطلاع عليه والعلم به غالبا ، فأعطيناه حكم المعلوم وإن خفى على ندور ، فلو جهله مع سهولة علمه به فوجهان أصحهما عدم البراءة منه لكونه ظاهرا كما يؤخذ من التعليل ، وفى تصديق البائع فى وجوده عند العقد وجهان أصحهما تصديقه بيمينه ، ولا عن باطن بالحيوان علمه لما صح

فيفيد أن صحة العقد لاخلاف فيها ، وفى كلام المحلى أنه قيل ببطلانه بناء على بطلان الشرط ، ويشعر به قول الشارح الآتى : وله مع هذا الشرط إذا صح ، وعليه فكان الأولى جعل قوله فالأظهر هو الجواب ، وكأنه عدل عنه لكون الخلاف فى الصحة ليس بأقوال ولقول المتن أنه يبرأ الظاهر فى كون الخلاف فى البراءة دون صحة العقد (قوله ويوافق ظاهر الحال) يتأمل هذا مع التصوير اهـ سم على حج . أقول : قوله يتأمل هذا لعل وجه الأمر بالتأمل أنه يرد فى غير العيب الباطن فلا معنى لحصول التأكيد فيه ، وقد يجاب بأنه يؤكده بحسب الظاهر أو فى بعض صوره وهو العيب الباطن ، ومراده بالتصوير قوله وحيوانا أو غيره (قوله أنه يبرأ عن عيب) يستفاد من كلام المصنف أن برأ يتعدّى بمن وعن ، لكن فى المختار الاقتصار على تعديته بمن وعليه ، فقوله يبرأ عن عيب يضمن معنى التباعد مثلا (قوله من زيادته) أى لفظ باطن وهل الكفر من الظاهر أو من الباطن تردد فيه شيخنا الزيادى ومال إلى أنه من الظاهر أخذا من قولهم فى الإمامة لو بان إمامه كافرا وجب عليه الإعادة ، وجزم ثانيا بأنه من العيوب الظاهر من غير تردد ، كذا رأيته بخط بعض الفضلاء وهو ظاهر ، وعليه فلو باع رقيقا بشرط براءته من العيوب فوجده المشترى كافرا ثبت له الرد ، ومن الظاهر الجنون أيضا وإن كان متقطعا فيثبت به الرد (قوله موجود) هذا مستفاد من قول المصنف وله مع هذا الشرط الرد بعيب حدث الخ (قوله ولا فيه) أى الحيوان (قوله مطلقا) ظاهرا وباطنا (قوله والعلم به غالبا) يندفع به مايقال يرد عليه مالو باعه اعتمادا على رؤية سابقة بشرط البراءة وطرأ عليه عيب بعد الرؤية وقبل العقد فإنه حينئذ يخفى على البائع (قوله فلو جهله) أى البائع بأن ادعى عدم الاطلاع عليه (قوله أصحهما عدم البراءة) وهل يتوقف رد المشترى على حلفه بأن البائع علمه أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه لما كان مما يقطع بخلافه لم يتوقف على يمين (قوله لكونه ظاهرا) أى بالنسبة للبائع وكان يخفى على غالب الناس وبه يندفع مايقال كيف فرض الخلاف فيه مع علمه من قول المصنف ولو باع بشرط الخ (قوله وفى تصديق البائع فى وجوده الخ) أى فيما إذا اطلع فيه على عيب باطن وادعى المشترى أنه حدث بعد العقد وقبل القبض ليرد به وادعى البائع وجوده عند العقد لتشمله البراءة فيمتنع الرد به (قوله فى وجوده) أى الباطن (قوله أصحهما تصديقه)

أشار به إلى أن الضمير فى قول المصنف بشرط براءته يرجع إلى البائع (قوله فلو جهله مع سهولة علمه به) هذا هو عين قوله أولا من قوله علمه البائع أولا ، فحيث كان عرضه ذكر الخلاف فيه فكان ينبغى حذف قوله أولا (قوله وفى تصديق البائع) أى فى وجوده عند العقد (قوله وفى تصديق البائع فى وجوده) لعل صوابه فى عدم وجوده إذ الكلام فى الظاهر وهو لايبرأ منه مطلقا كما تقدم ، فتكون الصورة أنه يدعى حدوثه بعد العقد فى يد المشترى ، لكن هذا يعلم حكمه من عموم ماسيأتى أن القول قول البائع فى حدوث العيب فليحرر مراد الشارح

عن ابن عمر أنه باع عبدا له بثمانمائة درهم بالبراءة ، فقال له المشترى : به داء لم تسمه لى ، فاختصما إلى عثمان فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى أن يحلف وارتجع العبد فباعه بألف وخمسمائة . وفى الشامل وغيره أن المشترى زيد بن ثابت وأن ابن عمر كان يقول : تركت يمينا لله فعوضنى الله عنها . دل قضاء عثمان المشتهر بين الصحابة ولم ينكروه على البراءة فى صورة الحيوان المذكورة ، وفارق غيره بأنه يأكل فى حالتى صحته وسقمه فقلما ينفك عن عيب باطن أو خفى ، فاحتاج البائع لهذا الشرط ليثق بلزوم البيع فيما يعذر فيه ، والمراد بالباطن مايعسر الاطلاع عليه ، والظاهر خلافه بأن لايكون داخل البدن على أقرب الاحتمالات ، ومن الظاهر نتن لحم المأكولة ولو حية كما هو ظاهر لسهولة الاطلاع عليه ولو مع الحياة كما يستفاد مما يأتى فى الجلالة (وله) أى المشترى (مع هذا الشرط) إذا صح (الرد بعيب) فى الحيوان (حدث) بعد العقد و (قبل القبض) لانصراف الشرط إلى الموجود عند العقد (ولو شرط البراءة عما يحدث) وحده أو مع الموجود (لم يصح) الشرط (فى الأصح) لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته فلا يبرأ من ذلك كما لو أبرأه من ثمن مايبيعه له ،

أى فلا رد به (قوله بالبراءة) أى بشرط البراءة (قوله فعوضنى الله عنها) أى خيرا (قوله المشتهر بين الصحابة) قيل إن ابن عمر خالف فى ذلك فلا ينهض الإجماع اهـ ع (قوله فى صورة الحيوان المذكورة) أى فى قول المصنف فالأظهر أنه يبرأ عن عيب الخ (قوله وفارق) أى الحيوان غيره : أى حيث برى فيه البائع من العيب الباطن المذكور (قوله وسقمه) قال فى المصباح : سقم سقما من باب تعب طال مرضه ، وسقم سقما من باب قرب فهو سقيم وجمعه سقام مثل كريم وكرام ويتعدى بالهمزة والتضعيف ، ولم يفسره بشيء فى الصحاح فاقتضى أن السقم اسم للمرض لابقيد الطول ، وفى القاموس السقم المرض ومقتضاه ذلك أيضا ، واقتصر فى المختار على الأول ، وكتب عليه الشيخ عميرة : يعنى أنه يأكل فى حال صحته وفى حال مرضه فلا نهتدى إلى معرفة مرضه إذ لو كان من شأنه ترك الأكل حال المرض لكان الحال بينا (قوله عن عيب باطن) عبارة حج : ظاهر أو خفى اهـ . وهى أوضح لظهور المقابلة لأن الباطن خفى دائما وهو الذى يبرأ منه وإن كان الظاهر قد يكون خفيا على ندور كما تقدم فى كلامه (قوله مايعسر الاطلاع عليه) ومنه الزنا والسرقة فيما يظهر لعسر الاطلاع عليهما من الرقيق (قوله داخل البدن) قال سم نقلا عن الشارح : المراد بالباطن مالايطلع عليه غالبا ولم يزد على ذلك ، وعليه فالمراد بداخل البدن مايعسر الاطلاع عليه ككونه بين الفخذين لاخصوص ما فى الجوف ، ويوافق هذا الحمل ما فى حاشية شيخنا الزيادى وعبارته : والباطن مايعسر الاطلاع عليه والظاهر بخلافه ، وقيل الباطن ماكان داخل الجوف والظاهر بخلافه اهـ . وفى حواشى شرح الروض لوالد الشارح مايوافق الحمل المذكور أيضا (قوله لسهولة الاطلاع عليه) أى بنحو ريح عرقها (قوله إذا صح) يشعر بأن فيه خلافا ، وقضية كلامه فيما تقدم عدم جريان خلاف فيه إلا أن يكون احترز به عما ذكر من جملة مقابل الأظهر من أنه لايبرأ عن عيب أصلا فإن حاصله يرجع إلى إلغاء الشرط ، وأولى منه ماقدمناه المشتمل على حكاية وجه بالبطلان عن المحلى (قوله لأنه إسقاط) قضية هذا التعليل أنه يبرأ عن الموجود دون الحادث واستقر به سم على منهج ، وفى الشيخ عميرة خلافه وعبارته : وإن أفرد

(قوله فقال له المشترى به داء لم تسمه) أى وهو خفى ليوافق الاستدلال به الآتى فليراجع (قوله باطن أو خفى) عبارة غيره ظاهر أو خفى وأصل العبارة للإمام الشافعى : ولعل مراد الشارح بالخفى الظاهر إذ هو يطلق عليه ومنه اللطف الخفى (قوله إذا صح) كأنه احترز به عما إذا شرط البراءة عما يحدث مثلا

والثانى يصح بطريق التبع فإذا انفرد الحادث فهو أولى بالبطلان ، أما البيع فصحيح ، وخرج بشرط البراءة العامة شرطها من عيب مبهم أو معين يعاين كبرص لم يره محله فلا يصح لتفاوت الأغراض باختلاف عينه وقدره ومحله ، ولا يقبل قول المشترى فى عيب ظاهر لايخفى عند الرؤية غالبا لم أره بخلاف ما لايعاين كزنا أو سرقة ، إذ ذكره إعلام به ومعاين أراه إياه لرضاه به . ويؤخذ من هذا رد ما أفتى به بعضهم فيمن أقبضه المشترى ثمنه وقال له استنقده فإن فيه زيفا فقال رضيت بزيفه فطلع فيه زيف فإنه لارد به ، ووجه رده عدم معرفته قدر ما فى الدرهم من الزيف بمجرد مشاهدته فلم يؤثر فيه الرضا نظير مامرّ (ولو هلك المبيع) بآفة

الحادث فهو أولى بالبطلان ، وفى سم على حج أن ظاهر كلام المصنف البطلان فى الموجود أيضا ولم يزد على ذلك (قوله والثانى يصح بطريق التبع) أى بطريق تبعية الحادث للموجود وهو لو شرط البراءة منه وحده صح الشرط فكذا لو جمعه مع غيره أو أطلق فى الحادث (قوله بشرط البراءة العامة) أى المذكورة فى قوله ولو باع بشرط براءته من العيوب (قوله ولا يقبل قول) أى فلا ردّ له بذلك ولا يتوقف ذلك على يمين من البائع لكونه ظاهرا (قوله لايخفى عند الرؤية غالبا) هذا قد يشكل عليه قولهم فيما مر إن من عيوب الرقيق التى يرد بها إذا ظهرت وجهلها المشترى عند البيع بياض الشعر وقلع الأسنان ، اللهم إلا أن يقال إنه كان حصل من البائع تغرير منع من الرؤية كصبغ الشعر أو يكون رآه قبل الشراء بزمن لايتغير فيه غالبا (قوله بخلاف) محترز قوله يعاين ، والمراد أن مالا يعاين إذا شرط البراءة منه يبرأ ودخل فيه مالو باعه بطيخة وقال المشترى إنها قرعة فوجدها كذلك فلا ردّ له لأن فى ذكره إعلاما به فيبرأ منه (قوله كزنا أو سرقة) ومن ذلك أيضا مالو باعه ثورا بشرط أنه يرقد فى المحراث أو يعصى فى الطاحون أو بشرط أن الفرس شموس وتبين كذلك فيبرأ منه البائع للعلة المذكورة (قوله لرضاه به) أى فلا خيار له (قوله من هذا) أى من قوله لايعاين (قوله فيمن) أى بائع أقبضه الخ (قوله وقال) أى المشترى (قوله فيه زيفا) أى أو مقاصيص فقال : أى البائع (قوله فإنه لاردّ به) من تتمة كلام البعض (قوله فلم يؤثر فيه) أى فله الرد وإن قل الزيف ، ويظهر أن منه مالو اشترى منه بأنصاف من الفضة وقال للبائع هى نحاس إذ الظاهر أن المراد من مثل هذه العبارة أن فيها نحاسا لا أن جميعها نحاس . وينبغى أن مثل ذلك مالو باعه شاشا مثلا وقال إنه خام فإن أراه محل الحموّ منه صح وبرئ منه وإلا فله الردّ مالم يزد عما كان فى يد البائع لأن الزيادة عيب حادث يمنع الرد قهرا (قوله ولو هلك المبيع الخ) منه يعلم جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن شخصا اشترى حبا وبذره فنبت بعضه وبعضه لم ينبت فادعى المشترى على البائع بأن عدم نبات البعض لعيب فيه منع من إنباته فأنكر البائع . وحاصل الجواب أن بذر الحبّ على الوجه المذكور يعدّ إتلافا له ، فإن أثبت المشترى عيب المبيع

(قوله والثانى يصح بطريق التبع) يفيد أن المتن مصوّر بما إذا شرط البراءة عما يحدث مع الموجودة وأصرح منه فى ذلك قوله فإن انفرد الحادث فهو أولى بالبطلان ، وحينئذ فكان ينبغى حذف قوله فى المتن وحده ليلائم هذا ، ولكن الذى فى شرح الجلال المحلى تصوير المتن بما إذا شرط البراءة مما يحدث وحده بدليل أنه زاد الصورة الثانية من عند نفسه على المتن ، والذى يفيده كلام غير واحد من الشراح أن المتن مصوّر بما هو أعم من أن شرط البراءة من الحادث وحده أو مع غيره لأنهم أخذوا مقابله وجهان : أحدهما أنه لايصح مطلقا ، والثانى إن أفرد مايحدث لم يصح وإن ضم إليه القديم صح تبعا فليحرر . والحاصل أن ما فى الشارح لايوافق واحدا من المسلكين مع مافيه مما يشبه التناقض فليتأمل

أو جناية كأن مات أو تلف الثوب أو أكل الطعام (عند المشترى) أى بعد قبضه له (أو أعتقه) وإن كان المعتق وعتيقه كافرين لأنهم جعلوا التوقع البعيد نوعا من اليأس فقول الأسنوى لا أرش له لعدم يأسه من ردّه لاحتمال أن يحارب ثم يسترق فيعود لملكه مردود بأنه نادر لا ينظر إليه ويلزمه مثله فيما لو وقف لاحتمال أنه يستبدل عند من يراه وبأنه لو فرض صحة ما قاله كان يتعين عليه فرضه فى معتق كافر إذ عتيق المسلم لا يسترق ولو اشتراه بشرط عتقه وأعتقه أو كان ممن يعتق عليه أو وقفه أو استولدها وثبت ذلك فهو كإعتاقه على أصح الوجهين، وكذا لو جعل الشاة أضحية. قال السبكى ولا يكفى إخبار المشترى به مع تكذيب البائع له، وفيه نظر بالنسبة لنحو العتق والوقف لمؤاخذته به وإن كذب (ثم علم

استحق أرشه وإلا فالقول قول البائع فى عدم العيب ، فإن حلف على نفى العلم به فذاك وإلا ردت اليمين على المشترى فيحلف إن به عيبا منع من الإنبات ويقضى له بالأرش ، وعلى كل حال لا يستحق المشترى على البائع شيئا مما صرفه فى حراثة الأرض وأجرتها وغير ذلك مما يصرف بسبب الزرع لأنه لم يلجئ المشترى إلى ما فعله بل ذلك ناشئ من مجرد تصرف المشترى فى ملكه (قوله أو جناية) ولو من البائع (قوله أى بعد قبضه) إنما قال ذلك لأنه لا يلزم من كونه عند المشترى أن يكون قبضه لجواز أن يكون للبائع حق الحبس واستقل المشترى بقبضه بلا إذن فقبضه فاسد وهو فى يد البائع حكما ، فلو تلف انفسخ العقد ويضمنه المشترى ببدله للبائع لاستيلائه عليه بلا إذن (قوله فقول الأسنوى) مفرّع على قوله وإن كان الخ (قوله ثم يسترق فيعود) أى بشراء أو غيره ممن هو تحت يده أو بكونه هو الذى استولى عليه (قوله ويلزمه) أى الأسنوى (قوله أنه يستبدل) أى وهو نفسه لم يقل به (قوله ما قاله) أى الأسنوى (قوله فرضه فى معتق كافر) أى مع أن عبارته على ما فى حج : وكذا لو كان العتيق كافرا اهـ وهى تشمل ما لو كان المعتق كافرا أو مسلما ، فما تقدم من قول الشارح كافرين ليس هو الواقع فى عبارة الأسنوى كما قد يتوهم (قوله بشرط عتقه وأعتقه) قضيته أنه لو اشتراه بشرط إعتاقه واطلع فيه على عيب قبل إعتاقه ردّه ولا أرش ، وفيه نظر لأنه التزم إعتاقه بالشرط ويأمره الحاكم به إذا امتنع ، وعبارة حج بعد قول المصنف أو أعتقه : أو شرط عليه عتقه اهـ . ولم يذكروا عتقه ، وقضيتها أن شرط العتق كاف فى استحقاق الأرش وإن لم يعتقه (قوله أو كان ممن يعتق عليه) أى ولم يشرط إعتاقه لما مرّ أنه لا يصح شراء من يعتق عليه بشرط العتق لعدم إمكان الوفاء بالشرط (قوله وثبت ذلك) أى ولو بتصديق البائع (قوله وكذا لو جعل الشاة أضحية) أى ولا يجب عليه صرف الأرش فى شىء يكون أضحية كما سيذكره (قوله ولا يكفى إخبار المشترى به) أى بالموجب للأرش من الهلاك ونحوه (قوله وفيه نظر) وقد يجاب بأن مؤاخذته لا تنافى عدم كفاية إخباره فى الرجوع بالأرش اهـ سم

(قوله كان يتعين عليه فرضه فى معتق كافر) هذا لا يتأتى للشارح مع فرضه الكلام فى كافر فيما مرّ ، مع أن كلام الأسنوى أعم كما يعلم من نقل الشهاب حج له ، فكان على الشارح أن ينقل كلام الأسنوى على وجهه ليتأتى له ما ذكره هنا (قوله أو كان ممن يعتق عليه) معطوف على قوله بشرط عتقه لا على قوله وأعتقه (قوله فهو كإعتاقه) أى إعتاقه المجرد عن شرط بالنسبة لقوله ولو اشتراه بشرط عتقه وأعتقه ، وإنما أفرد هذه هنا مع دخولها فى قول المصنف أو أعتقه لذكره الخلاف فيها (قوله ولا يكفى إخبار المشترى به) أى بشىء من موجبات الأرش المارة (قوله فى الرد وأخذ الأرش وجهان) أى فى أنه هل يرد ولا أرش أو يمتنع عليه الرد ويتعين الأرش ، وقول الشيخ فى الحاشية إن قوله وجهان تنازعه كل من الرد وأخذ الأرش يفيد أن فى الرد بمجرده وجهين ، وفى أخذ الأرش بمجرده وجهين ولا معنى له . ثم إن صورة المسئلة أن التزويج زال قبل أخذ المشترى الأرش كما يعلم من قول الشارح

العيب) الذى ينقص القيمة بخلاف الخصاء (رجع بالأرش) لليأس من الرد . ومحل ذلك فى غير الربوى المبيع بجنسه أما هو كحلى الذهب بيع بوزنه ذهبا فبان معيبا بعد تلفه فلا أرش له لنقص الثمن فيصير الباقى منه مقابلا بأكثر منه وذلك ربا ، بل يفسخ العقد ويسترد الثمن ويغرم بدل التالف على الأصح ولو عرف عيب الرقيق وقد زوّجه لغير البائع ولم يرضه مزوّجا فللمشترى الأرش ، فإن زال النكاح فى الرد وأخذ الأرش وجهان أوجههما أن له الرد ولا أرش ، ولو اطلع على عيبه وهو صيد وقد أحرم بائعه جاز له الرد فيما يظهر لأن البائع منسوب إلى تقصير فى الجملة وإن قال الأسنوى إن فيه نظر (وهو) أى الأرش ، سمى بذلك لتعلقه بالأرش وهو الخصومة (جزء من ثمنه) أى المبيع فيستحقه المشترى من عينه ولو كان معينا عما فى الذمة أو خرج عن ملك البائع ثم عاد

على حج (قوله رجع بالأرش) جواب لو فى قوله ولو هلك المبيع الخ ، وتدخل فيه جميع الصور المذكورة متنا وشرحا ، ومنها مالو اشتراه بشرط الإعتاق وأعتقه ثم علم العيب ومفهومه أنه لو اشتراه ثم علم العيب وأعتقه لا أرش له ، وهو ظاهر لأن إعتاقه بعد العلم بالعيب رضا به (قوله رجع بالأرش) قال فى شرح العباب : ولو اشترى شاة وجعلها أضحية ثم وجد بها عيبا رجع بأرشه على البائع ويكون له . وقال الأكثرون : يصرفه فى الأضحية وهو مشكل جدا ، وأى فرق بينها وبين العتق والوقف ، فالذى يتجه ما قاله الأقلون اهـ سم على حج : أى من أنه للمشترى (قوله لليأس من الرد) انظره فى الإباق اهـ سم على حج . وأراد بالإباق ماذكره حج بعد قول الشارح بآفة أو جناية من قوله أو أبق ، ولعل الشارح أسقطه لما مر له من أنه إذا أبق فى يد المشترى فلا رد له ولا أرش مادام آبقا لاحتمال عوده (قوله بل يفسخ) أى فورا (قوله ويسترد الثمن) عبارة الزيادى بعد مثل ماذكر : هذا مارجحه السبكى وغيره ، وأطلق الشيخان الخلاف ، هذا كله إذا ورد على العين : فإن ورد على الذمة ثم عين غرم بدله واستبدل وإن كانا تفرقا فى الأصح اهـ . وظاهر ماذكر أنه لافرق فى ذلك بين علم الدافع لما فى ذمته بأن فيه زيفا وجهله بذلك (قوله وقد زوّجه) ومفهومه أنه لو زوّجه للبائع ثم اطلع فيه على العيب جاز له الرد وهو شامل للذكر والأنثى . وصورة كونه للبائع فى الذكر أن يشتريه من امرأة ثم يزوّجه من غيرها (قوله ولم يرضه) أى البائع (قوله فللمشترى الأرش) أى لأن الزواج يراد للدوام (قوله وجهان) تنازعه قوله الردّ وقوله وأخذ الأرش (قوله أن له) أى المشترى وقوله الرد : أى رد المبيع مع الأرش الذى أخذه من البائع لئلا يأخذه لا فى مقابلة شىء (قوله ولا أرش) أى حيث لامانع من الرد كأن طلقت قبل الدخول أو بعده ولم يعلم بعيبها إلا بعد انقضاء العدّة وإلا فالعدة عيب مانع من الرد قهرا (قوله جاز له الرد) أى فورا (قوله منسوب إلى تقصير) أى لعدم إعلامه المشترى بعيبه (قوله إن فيه نظرا) ويوجه بأن فى الرد تفويتا لماليته على البائع لأنه بعد دخوله فى ملكه يزول ملكه عنه لإحرامه ، ونقل عن حواشى شرح الروض لوالد الشارح مايوافقه ، ويمكن حمل كلام الشارح عليه بأن يقال : جاز له الرد ويعذر فى التأخير إلى فراغ الإحرام فلا يكون تأخيره مفوّتا للرد (قوله بالأرش الخ) عبارة المختار : الأرش بوزن العرش دية الجراحات ، وعليها فلعل إطلاقه على الخصومة هو الأصل ثم نقل منه إلى دية الجراحات ثم توسع فيه فاستعمل فى التفاوت بين قيم الأشياء (قوله من عينه) مثليا كان أو متقوّما ، فلو اشترى عبدا بعرض ثم أعتقه ثم اطلع فيه على عيب استحق الذى اشتراه به شائعا إن كان باقيا ، فإن تلف العرض

أرجحهما أن له الرد ولا أرش . وقضيته أنه لو كان زال التزويج بعد أخذ المشترى الأرش انفصل الحكم فليس له رد الأرش والرد بالعيب ، فما فى حاشية الشيخ من تصوير مسئلة الخلاف بما إذا كان المشترى أخذ الأرش

(نسبته إليه) أى إلى الثمن (نسبة) أى مثل نسبة (مانقص) ه (العيب من القيمة)متعلق بنقص (لو كان) المبيع (سليما) إليها فلو كانت قيمته من غير عيب مائة وبه ثمانين فنسبة النقص إليها خمس فيكون الأرش خمس الثمن فلو كان عشرين رجع منه بأربعة ، وإنما رجع بجزء من الثمن لا بالتفاوت بين القيمتين لئلا يجمع بين الثمن والمثمن ولأن المبيع مضمون على البائع به فيكون جزؤه مضمونا عليه بجزء من الثمن كالحرّ يضمن بالدية وبعضه ببعضها ، فإن كان قبضه ردّ جزءه وإلا سقط عن المشترى لكن بعد طلبه على الأصح ، وأفهم كلامه أن هذا فى أرش وجب للمشترى على البائع . أما عكسه كما لو وجد البائع بعد الفسخ بالمبيع عيبا حدث عند المشترى قبله فإن الأرش ينسب إلى القيمة لا إلى الثمن ، صرّح به الرافعى فى الكلام على شراء ما مأكوله فى جوفه ، والمعنى فيه أن العقد قد انفسخ وصار المقبوض فى يده كالمستام لكن جزم فى الفلس بما يخالفه ، وقال فى الذخائر : إنه الصواب (والأصح اعتبار أقل قيمه) أى المبيع المتقوّم جمع قيمة ومن ثم ضبطه بخطه بفتح الياء ومثله الثمن المتقوّم (من يوم) أى وقت (البيع إلى) وقت (القبض) لأن قيمتهما إن كانت وقت البيع أقل فالزيادة فى المبيع حدثت فى ملك المشترى وفى الثمن حدثت فى ملك البائع فلا تدخل فى التقويم ، أو كانت وقت القبض أو بين الوقتين أقل ، فالنقص فى المبيع

استحق مايقابل قدر مايخصه من قيمة العبد (قوله أى مثل) بالنصب على أنه مفعول مطلق . والأصل نسبته نسبة مثل نسبة الخ ، (قوله إليها) وترك هذه اللفظة للعلم بها محلى . قال ع : من ذكرها فى الثمن (قوله بين الثمن والمثمن) كما فى هذا المثال فإن تفاوت القيمتين عشرون وهى قدر الثمن اه سم على حج (قوله لكن بعد طلبه) قال فى شرح الروض : ثم يحتمل أن تكون المطالبة به على الفور كالأخذ بالشفعة ، لكن ذكر الإمام فى باب الكتابة أنه لايتعين له الفور بخلاف الرد ، ذكر ذلك الزركشى اه سم على حج . أقول : قوله لايتعين له الفور الخ ظاهر كلامه اعتماد هذا لأنه جعل الأول مجرد احتمال والثانى المنقول ، وعبارة الشارح على شرح البهجة : واستحقاقه له بطلبه ولو على التراخى اه : ومثله فى شرح المنهاج عند قول المصنف والرد على الفور الخ (قوله أما عكسه) بأن وجب للبائع عن المشترى (قوله حدث عند المشترى قبله) أو وجد عيبا قديما بالثمن فإن الخ اه حج (قوله فإن الأرش) أى الواجب للبائع (قوله ينسب إلى القيمة) معتمد أى بأن يكون الأرش قدر التفاوت بين قيمته سليما ومعيبا بالحادث ولو زاد على الثمن (قوله لا إلى الثمن) هذا الإثبات والنفى ظاهر فى الأولى دون الثانية فإن المتبادر فيها من نسبة الأرش للقيمة أن معناه أنه يوخذ نقص العيب من قيمة الثمن فما معنى نسبة هذا النقص إلى الثمن حتى ينفى اه سم على حج . ويمكن أن يقال : إن معناه أنه يرجع بجزء من المبيع نسبته إليه كنسبة مانقص العيب من قيمة الثمن لو كان سليما إليها على قياس ماقيل فى أرش المبيع (قوله ما مأكوله فى جوفه) كالجوز واللوز (قوله فالزيادة فى المبيع حدثت الخ) هذا لايأتى إن كان الخيار للبائع وحده لأن ملك المبيع له حينئذ ولا يزول إلا من حين الإجازة أو انقطاع الخيار اه سم . وقوله وفى الثمن حصلت فى ملك البائع هذا لايأتى إن كان الخيار للبائع وحده لأن ملك المبيع حينئذ له فملك الثمن للمشترى اه سم على حج : أى فينبغى أن يعتبر أقل القيم من وقت لزوم العقد من جهة

لايلائمه كلام الشارح فليراجع الحكم (قوله لئلا يجمع بين الثمن والمثمن) أى فى هذا المثال الذى ذكره ونحوه (قوله والمعنى فيه أن العقد قد انفسخ وصار المقبوض فى يده كالمستام) صريح فى أن صورة المسئلة أن العيب حدث بعد الفسخ فيخالف ماصوّر به المسئلة أولا فليراجع (قوله أى المبيع المتقوم) انظر ما وجه هذا التقييد وماذا يفعل لو كان المبيع مثليا (قوله فلا تدخل فى التقويم) الضمير يرجع إلى الزيادة أيضا

من ضمان البائع وفى الثمن من ضمان المشترى فلا يدخل فى التقويم ، وما صرح به من اعتبار ما بين الوقتين هو المعتمد وإن نازع فيه الأسنوى إذ لايلزم من عدم التخيير الذى فى ثبوته رفع العقد عدم الضمان الذى ليس فى ثبوته ذلك . والطريق الثانى فى المسئلة ثلاثة أقوال أصحها هذا ، والثانى أن الاعتبار بيوم العقد لأن الثمن قد قابل المبيع يومئذ والثالث بيوم القبض لأنه وقت دخول المبيع فى ضمانه . واعلم أنا إذا اعتبرنا قيم المبيع أو الثمن فإما أن تتحد قيمتاه سليما وقيمتاه معيبا ، أو يتحدا سليما ويختلفا معيبا وقيمته وقت العقد أقل أو أكثر ، أو يتحدا معيبا لاسليما وهى وقت العقد أقل أو أكثر ، أو يختلفا سليما ومعيبا وهى وقت العقد سليما ومعيبا أقل أو أكثر ، أو سليما أقل ومعيبا أكثر وبالعكس ، فهى تسعة أقسام أمثلتها على الترتيب فى المبيع اشترى قنا بألف وقيمته وقت العقد والقبض سليما مائة ومعيبا تسعون فالنقص عشر قيمته سليما فله عشر الثمن مائة ، أو قيمتاه سليما مائة وقيمته معيبا وقت العقد ثمانون والقبض تسعون وعكسه فالتفاوت بين قيمته سليما وأقل قيمته معيبا عشرون وهى خمس قيمته سليما فله خمس الثمن ، أو قيمتاه معيبا ثمانون وسليما وقت العقد تسعون ووقت القبض مائة أو عكسه فالتفاوت بين قيمته معيبا وأقل قيمته سليما عشرة وهى تسع أقل قيمته سليما فله تسع الثمن . لايقال : صرح الإمام بأن اعتبار الأقل فى الأقسام كلها إنما هو لإضرار البائع لما مر من التعليل ، وحينئذ فالقياس أنا نعتبر مابين الثمانين والمائة وهو الخمس لأنه الأضر بالبائع . لأن نقول : ليس القياس ذلك لأن المعتبر نسبة مانقص من العيب من القيمة إليها والذى نقصه العيب من القيمة هو مابين الثمانين والتسعين ، وأما ما بين التسعين والمائة فإنما هو لتفاوت الرغبة بين اليومين فتعين اعتبار مانقصه العيب من التسعين إليها وهو التسع كما تقرر فتأمله ، أو قيمته وقت العقد سليما مائة ومعيبا ثمانون ووقت القبض سليما مائة وعشرون ومعيبا تسعون أو بالعكس ، أو قيمته وقت العقد سليما مائة ومعيبا تسعون ووقت

البائع إلى وقت القبض (قوله إذ لايلزم) رد لمنازعة الأسنوى من أن النقصان الحاصل قبل القبض إذا زال قبل القبض أيضا لايثبت للمشترى به خيار فكيف يكون من ضمان البائع عميرة (قوله والطريق الثانى) إشارة إلى أن مافى المتن طريقة قاطعة وأنه كان ينبغى للمصنف التعبير بالمذهب ، لكن كان ينبغى للشارح التصدير بأن هذه هى الطريقة القاطعة كأن يقول وما عبر عنه بالأصح طريقة قاطعة ، ثم يقول والطريق الثانى الخ (قوله ومعيبا تسعون) أى وقت العقد والقبض (قوله لما مر من التعليل) أى فى قوله لأن قيمتهما إن كانت وقت البيع أقل الخ (قوله فالقياس أنا نعتبر) أى فى قوله أو قيمتاه معيبا ثمانون الخ (قوله مابين الثمانين والمائة) أى لا مابين الثمانين والتسعين (قوله لأنا نقول) هذا الجواب فى غاية الحسن والدقة ، لكن قد يخدشه أمران : أحدهما أنه يلزم عليه أن يكون

(قوله وإن نازع فيه الأسنوى) صورة منازعته التى سبقه إليها السبكى أن النقص الحادث قبل القبض إذا زال قبل القبض لايخير به المشترى فكيف يضمنه البائع (قوله والطريق الثانى الخ) يفيد أن الخلاف فى المسئلة طرق وهو كذلك ، لكن الذى فى كلام المصنف هو أصح الأوجه من الطريقة الحاكية خلافا لما سلكه الشارح ومن ثم عبر بالأصح فهو ساكت عن التعرض للطريقة القاطعة . والحاصل أن فى المسئلة طريقتين : إحداهما قاطعة بالوجه الذى صححه وهذه لم يتعرض لها المصنف ، والطريقة الثانية حاكية لأقوال ثلاثة : أحدها ماصححه المصنف ، والثانى اعتبار العقد مطلقا ، والثالث اعتبار يوم القبض مطلقا . نعم فى عبارة المصنف مؤاخذة أشار إليها الجلال المحلى وهى أن الواقع فى عبارة الجمهور كالمحرر والشارح والروضة أقل القيمتين لا أقل القيم الذى عبر به المصنف (قوله فإما أن تتحد قيمتاه) سكت عن حاله بين العقد والقبض وباعتبارها تزيد الصور عن تسع

القبض سليما مائة وعشرون ومعيبا ثمانون أو بالعكس فالتفاوت بين أقل قيمتيه سليما وأقل قيمتيه معيبا عشرون وهى خمس أقل قيمتيه سليما فله خمس الثمن . وخص البارزى بحثا اعتبار الأقل فيما إذا اتحدتا سليما لا معيبا وهى وقت القبض أكثر بما إذا كان ذلك لكثرة الرغبات فى المعيب لقلة ثمنه لا لنقص العيب وإلا اعتبر أكثر القيمتين لأن زوال العيب يسقط الرد . ورد بأن الزائد من العيب يسقط أثره مطلقا كما لو زال العيب كله ، فكما يقوم المعيب يوم القبض ناقص العيب فكذا يوم العقد فلم يعتبر الأكثر أصلا على أن تقييده بما إذا اتحدت قيمتاه سليما غير صحيح وأن سلم ماذكره (ولو تلف الثمن) حسا أو شرعا نظير مامر أو تعلق به حق لازم كرهن (دون المبيع) واطلع على عيب به (رده) إذ لامانع (وأخذ مثل الثمن) إن كان مثليا (أو قيمته) إن كان متقوما لأن ذلك بدله ، ومر اعتبار الأقل فيما بين وقت العقد إلى وقت القبض ، أما لو بقى فله الرجوع فى عينه سواء أكان معينا فى العقد أم عما فى الذمة فى المجلس أو بعده ، وحيث رجع ببعضه أو كله لا أرش له على البائع إن وجده ناقص وصف

اعتبار الأقل لا لأنه أضر بالبائع لأن النقص إنما هو عنده . والثانى أنه كما يحتمل أن تكون القيمة سليما تسعين والزيادة إلى المائة للرغبة يحتمل أن تكون مائة والنقص لقلة الرغبة فلم تعين الأول الذى هو مبنى الجواب ، اللهم إلا أن يقال : كون القيمة تسعين متيقن والزيادة مشكوكة فلم تعتبر اهـ سم على حج (قوله لا لنقص العيب) أى إياه (قوله وإن سلم ماذكر) أى فى قوله وهى وقت القبض أكثر الخ (قوله واطلع على عيب به الخ) .

[فرع] لو أعتق المشترى العبد فاطلع البائع على عيب فى الثمن ففسخ العقد فهل يرد الثمن المذكور على المشترى ويرجع عليه بقيمته أم يرجع بهذه فى بيت المال ؟ فيه نظر ، وقضية كلام الشيخ حمدان فى باب الجهاد الثانى وعبارته فى معاقدة العلج مانصه : وإذا أسلمت فالمذهب وجوب بدل لأن إسلامها منع استرقاقها فيعطى قيمتها من بيت المال كما لو فسخ البائع بعيب فى الثمن وقد أعتق المشترى المبيع اهـ . أقول : وقد يمنع أن مقتضاها ذلك لجواز أن مراده التشبيه فى مطلق الرجوع بالبدن وإن اختلف من يرجع عليه به : أى فيكون المراد أن الكافر إذا عوقد على فتح القلعة بجارية منها وأسلمت كان إسلامها بمنزلة إعتاق المشترى للمبيع ، وحكمه أن يرجع البائع عليه بالقيمة إذا اطلع على عيب فى الثمن لتعذر الرجوع فى عين حقه فيرجع هنا على بيت المال لأنه بمنزلة المشترى ، فكما يرجع عليه البائع ببدل المبيع إذا أعتقه يرجع الكافر على بيت المال ببدل الجارية إذا أسلمت ، وهذا هو الظاهر قياسا على ما لو اطلع على عيب فى المبيع فرده على البائع ووجد الثمن تالفا حسا أو شرعا فإنه يرجع على البائع ببدل الثمن وإن كان قد أغلقه كما يصرح به قولهم لو رد المبيع ووجد الثمن تالفا حسا أو شرعا ، وأى فرق بين إعتاق البائع للثمن إذا كان الثمن قنا حيث يرجع على البائع بقيمته وبين مالو تلف المبيع فى يد المشترى باعتاقه (قوله أو قيمته) عبارة الروض : وقيمته فى المتقوم لكن فى المعين يرد قيمته أقل ماكانت من العقد إلى القبض اهـ . قال فى شرحه : وقوله فى المعين من زيادته ولا حاجة إليه بل قد يوهم خلاف المراد لأن التلف إنما يكون فى معين اهـ . وقضية هذا الاعتراض أنه لو كان الثمن متقوما فى الذمة عند العقد ثم عينه وأقبضه ثم تلف رد قيمته أقل ماكانت من العقد إلى القبض اهـ سم على حج (قوله ومر اعتبار الأقل) أى فيقال بمثله هنا (قوله أما لو بقى) أى الثمن فله أى للمشترى (قوله الرجوع فى عينه) أى وله العدول بالتراضى إلى بدله على مايفيده التعبير بله الخ (قوله إن وجده ناقص) قال فى شرح العباب وفارق ما يأتى من أن نقص المبيع أدنى نقص يبطل ود المشترى بعيب قديم لكونه من ضمانه لأنه ثم اختار الرد والبائع هنا لم يختره ومن ثم لو اختار رد الثمن المعين بالعيب انعكس الحكم فيضمن نقص الصفة ولم يضمن المشترى نقص صفة المبيع اهـ وقوله فيضمن نقص الصفة قضية إطلاقه أن له حينئذ الرد قهرا وقياس

كأن حدث به شلل كما أنه يأخذه بزيادته المتصلة مجانا . نعم إن كان نقصها بجناية أجنبي : أى يضمن كما هو ظاهر المستحق الأرش ، ولو أبرأه من بعض الثمن أو كله ثم رد المبيع بعيب فهل يطالب بذلك أو لا ؟ الأوجه كما هو قياس ما يأتى فى الصداق أنه لا يرجع فى الإبراء من جميع الثمن بشيء وفى الإبراء من بعضه إلا بالباقى ، ولو وهب البائع للمشترى الثمن فقيل يمتنع الردّ وقيل يرد ويطالب ببدل الثمن وهو الأوجه ، ولو أداه أصل عن محجوره رجع بالفسخ للمحجور لقدرته على تمليكه وقبوله له أو أجنبي رجع للمشترى أيضا لا للمؤدى كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى (ولو علم بالعيب) فى المبيع (بعد زوال ملكه) عنه أو عن بعضه بعوض أو غيره (إلى غيره) وهو باق بحاله فى يد الثانى أو بعد نحو رهنه عند غير البائع أو إباقه أو كتابته كتابة صحيحة أو غصبه أو إجارته ولم يرض البائع بأخذه مؤجرا (فلا أرش) له (فى الأصح) لأنه لم ييأس من الرد لأنه قد يعود له ، فإن رضى به مسلوبها ردّ عليه ،

البيع خلافه اه سم على حج (قوله كأن حدث به) أى الثمن (قوله إن كان نقصها) أى القيمة نقص صفة (قوله استحق الأرش) أى على البائع وهوله الرجوع على الأجنبي (قوله وهو الأوجه) والفرق بينه وبين الإبراء أن البائع تحصل على شيء فى الهبة من جهة المشترى ثم وهبه له بخلافه فى الإبراء فإن البائع لم يدخل فى يده شيء من جهة المشترى حتى يرده أو بدله له (قوله رجع للمشترى) خلافا لحج (قوله كما أفتى به الوالد) وعليه فما الفرق بينه وبين الصداق حيث قالوا يرجع الصداق للزوج إن أدى عن نفسه أو أدّاه عنه وليه ويرجع للدافع إن تبرع به عن الزوج ولعله أن الثمن فى مقابلة المبيع وقد دخل فى ملك المشترى حقيقة وهو يستدعى دخول الثمن فى ملك المشترى حقيقة كذلك ثم ينتقل منه إلى البائع والصداق لما كان فى مقابلة البضع والزوج لا يملكه وإنما يستحق الانتفاع به لم يكن ثم سبب قوى يقتضى دخوله فى ملكه فكأنه بفسخ العقد يتبين إن لم يخرج عن ملك الأجنبي فرجع له فتأمله فإنه دقيق (قوله عند غير البائع) مفهومه أن له الأرش إذا كان عند البائع والظاهر أنه غير مراد وإنما المراد أنه يفسخ العقد ويسترد الثمن (قوله أو إباقه) أى والعيب الإباق اه حج قال سم عليه أى وإلا فهو عيب حدث فله أرش العيب القديم فإن رضيه البائع مع الحادث فلا أرش عليه فى الحال وإن هلك آبقا فله على البائع الأرش كذا فى العباب ولم يزد الشارح فى شرحه على تقديره وعلل قوله فله أرش العيب القديم بقوله لأنه أيس من الرد حينئذ لحدوث عيب الإباق بيده اه فانظر لم لم يجر فى ذلك ما يأتى فى قول المصنف ولو حدث عنده عيب سقط الرد قهرا الخ (قوله ولم يرض البائع) قال فى العباب وشرحه فإن رضى به البائع مؤجرا أى مسلوب المنفعة مدة الأجارة ولكنه ظن أن الأجرة له وفسخ ثم علم خلافه أى أنه لا أجرة له فله رد الفسخ كما فى الأنوار قال كما لو رضى بالفسخ بالعيب القديم ثم علم أنه كان حدث عند المشترى عيب ، بخلاف الفسخ بالاقالة فإنه يرجع بأرش الحادث ولا تردّ الإقالة اه وعليه فيفرق بين الإقالة وما هنا بأنه فسخ لا عن سبب فلم يمكن رده بخلاف ما عن سبب فإنه إذا بان ما يبطله عمل به ثم قال أما إذا رضى به مسلوبها ولا ظن ماذكر فإنه يردّه عليه ولا يطالب المشترى بأجرة تلك المدة كما اقتضاه كلامهم هنا وفى نظائره الخ اه سم على حج (قوله فإن رضى به)

(قوله أو بعد نحو رهنه عند غير البائع) التقييد بغير البائع إنما تظهر ثمرته فى قول المصنف بعد : فإن عاد الملك فله الردّ ، إذ مفهومه أنه إذا لم يعد الملك : أى أو نحوه كانفكاك الرهن ليس له الرد فكأنه يقول محل هذا إذا كان الرهن عند غير البائع وكذا يقال فى قوله أو إجارته ولم يرض البائع بأخذه مؤجرا فلا أثر لهما بالنسبة لنفى الأرش ، إذ لا أرش سواء أكان الرهن عند غير البائع وهو ظاهر أو عند البائع لأنه متمكن من الرد فى الحال ، وسواء رضى البائع

وقضية كلامهم عدم مطالبة المشترى بأجرة مثل تلك المدة وهو موافق لنظائره من الفسخ بالفلس ومن رجوع الأصل فيما وهبه من فرعه ومن رجوع الزوج فى نصف الصداق وقد طلق قبل الدخول ، ويفارق ذلك مايأتى فى التحالف من أن للبائع على المشترى بعد الفسخ أجرة المثل بأن الفسخ فيما ذكر لا يحصل إلا باختيار من يرد العين إليه بخلافه فى مسئلة التحالف ، وفرق فى الكفاية بأن للبائع هنا وللزوج مندوحة عن العين ، فلما رجعا فيها انحصر حقهما فيها مسلوبة المنفعة ، وليس للبائع فى التحالف مندوحة عن العين فكان له بدل المنافع فى مدة الإجارة . والثانى نعم لأنه استدرك الظلامة وروّج كما روّج عليه (فإن عاد الملك) له فيه (فله الرد) لامكانه سواء أعاد إليه بالرد بالعيب لزوال كل من العلتين أم بغيره كهبة أو إرث أو وصية أو بيع أو إقالة لانتفاء المانع (وقيل إن عاد إليه بغير الرد بعيب فلا رد) له لأنه استدرك الظلامة ، ومرّ أنه ضعيف وليس للمشترى الثانى رده على البائع الأول لأنه لم يملك منه ، فإن استرده البائع الثانى وقد حدث به عيب عند من اشترى منه خير البائع الأول بين استرجاعه وتسليم الأرش ولو لم يقبله البائع الثانى وطولب بالأرش رجع على بائعه لكن بعد التسليم كما فى أصل الروضة ، وعلله بأنه ربما لايطالبه فيبقى مستدركا للظلامة ، وقول الأسنوى وغيره أنه إنما يستقيم على أن العلة فيما إذا خرج

أى البائع فى مسئلة الإجارة (قوله بأجره مثل تلك المدة) ومحله حيث فسخ عالما أنه لا أجرة له ، أما لو رضى على ظن أنه له الأجرة فله ردّ الردّ ، ومن ثم قال فى العباب وشرحه : فإن رضى به البائع الخ (قوله بأن الفسخ الخ)قضية هذا الفرق أنهما لو تقايلا وقد أجره المشترى مدة أن البائع لايرجع على المشترى بالأجرة لأن الإقالة إنما تقع باختيارهما فليس الرد فيها قهريا ، لكن الذى صرح به الشارح فيما يأتى بعد قول المصنف ولو حدث عنده عيب سقط الرد قهرا أنه يرجع بها على المشترى (قوله وللزوج مندوحة) وهى فى البيع الامتناع من قبول العين قبل انقضاء الإجارة وفى الزوج عدم الطلاق اه شيخنا الحلبى (قوله والثانى نعم) هذا لايصلح مقابلا لكلام المصنف لأن قوله لأنه استدرك الظلامة تعليل لعدم الأرش لا لاستحقاقه فلعل فى كلامه سقطا (قوله فله الرد) أى ولو طالت المدة جدا مالم يحصل بالعبد مثلا ضعف يوجب نقص القيمة (قوله ومرّ أنه ضعيف) تعليل (قوله عند من اشترى منه) أى البائع الثانى (قوله وتسليم الأرش له) أى البائع الثانى وهو المشترى من الأول (قوله رجع على بائعه) أى الأول (قوله بعد التسليم) أى للأرش (قوله ربما لايطالبه) أى المشترى الثانى (قوله أنه إنما يستقيم)

بمؤجر مسلوب المنفعة لذلك أو لم يرض به لعدم اليأس من الرد فتأمل (قوله لايحصل إلا باختيار من ترد عليه العين بخلافه فى مسئلة التحالف : أى فإنه قد يكون باختياره كما إذا كان الفاسخ المتعاقدين ، وقد لايكون باختياره كما إذا كان الفاسخ الحاكم (قوله وللزوج مندوحة عن العين) أى وهى أنه إذا لم يصبر إلى زوال الحق المتعلق بالصداق يرجع إلى بدله فى الحال ، وانظر مامندوحة البائع وما فى حاشية الشيخ من بيان المندوحة فى مسئلة البائع ، والزوج يرجع إلى الفرق الأول الذى ذكره الشارح فهو غير مراده (قوله والثانى نعم لأنه استدراك الظلامة) هذا التعليل يقتضى عدم الأرش لا وجوبه ، فهو تعليل للأصح لا لمقابله ، وحاصل ما فى كلام غيره أنهم اختلفوا فى علة الأصح هل هى عدم اليأس من الرد وهو الصحيح أو استدرك الظلامة وهو ضعيف ، ويترتب على العلتين ماذكره المصنف بعد فيما إذا عاد المبيع إلى المشترى بغير الرد بالعيب ، فإن قلنا بالتعليل الأوّل فله الردّ ، وإن قلنا بالثانى فلا ، وكذا لو خرج عن ملكه بلا عوض ، فإن قلنا بالأوّل لم يرجع وإلا رجع (قوله لزوال كل من العلتين) يعنى على الأصح اللتين ذكرناهما وإن كان فى ذكره لهما ماقدمناه (قوله ومر أنه ضعيف) يعلم مافيه مما ذكرناه

المعيب عن ملكه بلا عوض استدرك الظلامة ، أما على الصحيح من أنها اليأس من الرد كما مر فيرجع سلم الأرش أم لا ، ولا نظر إلى إمكان العود بزوال العيب الحادث خلافا للشيخ أبي على ، وهذا هو مقتضى كلام الرافعى فإنه صحح جواز الرجوع ، ثم نقل ماتقدم عن أصل الروضة عن الشيخ أبى على نقل الأوجه الضعيفة ، أجاب عنه الوالد رحمه الله تعالى بمنع حصول اليأس ، إذ قد يرضى البائع الثانى بأخذه معيبا بالحادث ويقبله البائع الأول كذلك فهو مستقيم على الصحيح (والرد على الفور) إجماعا بأن يرد المشترى المبيع المعين حال اطلاعه على عيبه لأن الأصل فى البيع اللزوم فيبطل بالتأخير من غير عذر كما سيأتى ، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فوريا كالشفعة ، وعلم مما قررناه أن كلام المصنف فى مبيع معين فلو قبض شيئا عما فى الذمة بنحو بيع أو سلم فوجده معيبا لم يلزمه فور لأن الأصح أنه لايملكه إلا بالرضا بعيبه ولأنه غير معقود عليه ولا يجب فور فى طلب الأرش أيضا كما بحثه ابن الرفعة لأن أخذه لايؤدى إلى فسخ العقد ولا فى حق جاهل بان له الرد

أى قوله وعلله بأنه ربما الخ (قوله على الصحيح) أى وتكون العلة فيه عدم اليأس من الرد لاستدراك الظلامة (قوله والرد على الفور)

[فرع] لابد للناطق من اللفظ كفسخت البيع ونحوه .

[فرع] لو اطلع على العيب قبل القبض اتجه الفور أيضا كذا بخط شيخنا بهامش محلى ، وقوله لابد للناطق هكذا أجاب به شيخنا الرملى وشيخنا عبد الحميد اه سم على منهج . ولعله احترز باللفظ عن الإشارة من الناطق ، أما الكتابة منه فهى كناية ، ومر أن الفسخ كما يكون بالصريح يكون بالكتابة (قوله إجماعا) أى من المجتهدين كلهم فى الزمن الذى وقع منهم القول فيه بثبوت الفور كثر المجتهدون أو قلوا (قوله المبيع المعين) سواء كان معينا فى العقد أو عما فى الذمة بعده فى المجلس أخذا بعموم قولهم المعين فى المجلس كالمعين فى العقد ، لكن فى ابن عبد الحق التقييد بكونه معينا فى العقد أما المعين بعده فلا اه . وقضيته أنه لا اعتبار بالتعين فى المجلس (قوله من غير عذر) وينبغى أن من العذر مالو أفتاه مفت بأن الرد على التراخى وغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن أهلا للافتاء فلا يبطل خياره بالتأخير ، وينبغى أن من العذر ما لو رأى جنازة بطريقه فصلى عليها من غير تعريج وانتظار ، بخلاف مالو عرج لذلك أو انتظر فلا يعذر ، وهذا كله حيث عرض بعد الأخذ فى الرد ، فلو كان ينتظر جنازة وعلم بالعيب عند الشروع فى التجهيز اغتفر له ذلك كانتظار الصلاة مع الجماعة (قوله لدفع الضرر عن المال) أى بحصول النقص فيه وهو فى الحقيقة ، اجع للمالك (قوله وعلم مما قررناه) هو قوله بأن يرد المشترى الخ (قوله فى مبيع) ثمنا أو مثمنا (قوله أنه لايملكه إلا بالرضا) قضيته أن الفوائد الحاصلة منه قبل العلم بالعيب ملك للبائع فيجب ردها له وإن رضى المشترى به معيبا وأن تصرفه فيه ببيع أو نحوه قبل العلم بعيبه باطل ، والظاهر خلاف هذه القضية فى الشقين (قوله فى طلب الأرش) شمل مالو كان الثمن باقيا فى ذمة المشترى وطلب إسقاط الأرش منه (قوله أيضا)

(قوله أجاب عنه الوالد رحمه الله تعالى بمنع حصول اليأس الخ) فى هذا الجواب نظر ، وذلك لأنهم جعلوا نفس حدوث العيب عند المشترى بمنزلة اليأس من الرد فيستحق الأرش بمجرد حصوله كما سيأتى ، وقد أشار الأسنوى إلى ذلك بقوله ولا نظر الخ ، وحينئذ فلا يتأتى هذا الجواب على أنه يلزم عليه اختياره أن العلة استدراك الظلامة فتأمل (قوله بأن يرد المشترى المبيع المعين) أى أو البائع الثمن المعين : وإنما قصر المتن على ماذكره لأنه هو الذى تكلم عليه المصنف فيما مر (قوله لأن الأصل فى البيع اللزوم الخ) كان ينبغى عطفه بالواو على قوله إجماعا (قوله ولا فى حق جاهل بأن له الرد) أى فلا يعذر فى الفورية ، وسكت عما إذا كان تأخيره لجهله بالفورية

وهو ممن يخفى عليه لعذره بقرب إسلامه أو نشئه بعيدا عن العلماء بخلاف من يخالطنا من أهل الذمة ومثله فى ذلك من جهل حاله كما قاله السبكى ، ولابدّ من يمينه فى جميع الصور. قال الأذرعى : والظاهر أن من بلغ منا مجنونا فأفاق رشيدا فاشترى شيئا ثم اطلع على عيبه فادّعى الجهل بالخيار أنه يصدق كالناشى بالبادية ولا فى مشترى شخصا مشفوعا والشفيع حاضر فانتظره هل يشفع أولا ، ولا فيما لو اشترى مالا زكويا وجبت الزكاة فيه عنده ثم علم عيبه فليس له ردّه حتى يخرجها من غيره . نعم إن تمكن من خراجها ولم يفعل بطل حقه ، ولا فى مبيع آبق أو مغصوب فأخره مشتريه لعوده فله ردّه إذا عاد وإن صرّح بإسقاطه ، ومرّ أنه لا أرش له ولا إن قال له البائع أزيل عنك العيب وأمكن فى مدة لا تقابل بأجرة كما يأتى فى نقل الحجارة المدفونة ولا فيما لو اشتغل بالرد بالعيب وأخذ فى إثباته ولم يمكنه فله الرد بعيب آخر

أى كما لا يجب فى رده ما قبضه عما فى الذمة (قوله بعيدا عن العلماء) أو بأن الرد على الفور إن كان عاما يخفى على مثله اهـ حج (قوله بخلاف من يخالطنا) أى مخالطة تقتضى العادة بمعرفته ذلك فلا يعذر ، وقد وقع للشارح فى محالّ أنه يعذر وإن كان مخالطا لنا ومشى عليه حج . ويمكن الجمع بين كلامى الشارح بأن المواضع التى قيل بعذره فيها محمولة على العبادات أو ما يرجع إليها وما قيل فيه بعدم العذر كهذا الموضع محمول على خلافها كالمعاملات فإن الغالب عدم خفائها عليه ، ثم ظاهر كلام الشارح أن الكلام فى ذمى اشترى وهو باق على الكفر ثم اطلع على عيب فترك الرد لجهله وهو مخالط لنا فلا يعذر ، وعبارة حج ظاهرة فى أن الكلام فيمن قرب عهده بالإسلام وإن كان مخالطا لنا قبل إسلامه ، ويمكن حمل كلام الشارح عليه أيضا ، وعلى ذلك لو كان مخالطا لنا وهو باق على كفره يكون مسكوتا عنه فيحتمل إلحاقه بمن قرب عهده بالإسلام ويحتمل أنه يعذر مطلقا ، ويفرق بينه وبين من قرب عهده بالإسلام وكان مخالطا لنا بأنه فى حالة كفره لم يلتزم جميع أحكامنا لكن الأوّل أقرب فليتأمل (قوله ومثله فى ذلك) أى مثل من يخفى عليه فيعذر فى الرد كما يفهم من حج (قوله فاشترى شيئا) أى قبل مضىّ مدة يمكنه فيها التعلم عادة (قوله ولا فى مشتر) أى ولا يجب فور فى مشتر الخ (قوله فانتظره) أى مدة يغلب على ظنه بلوغه الخبر فيها (قوله عنده) أى المشترى (قوله حتى يخرجها) ويغتفر له مقدار ما يتيسر له إخراجها فيه من غيره عادة كما ذكره بقوله نعم الخ (قوله نعم إن تمكن من إخراجها) ويصدق فى عدم التمكن بيمينه (قوله ولا فى مبيع آبق) أى وعليه الإباق (قوله فله رده) وقياس ما قيل فى المال الزكوى أنه إن قدر على انتزاع المغصوب ورد الآبق ولم يفعل ذلك سقط خياره (قوله وإن صرّح بإسقاطه) أى الرد فى الآبق والمغصوب معا كما يفهم عن كلام حج لأنه لم يذكر المغصوب وصرّح بما ذكر فى الآبق . وقضيته أنه إذا أسقط الرد فى غير هذين سقط وإن عذر بالتأخير ، ولعل حكمة ذلك خروجه عن يده فيهما (قوله ومرّ أنه لا أرش) أى لاحتمال عوده (قوله ولا إن قال) أى ولا يجب فور إن الخ (قوله فى مدة لا تقابل بأجرة) مفهومه أن المدة لو كانت تقابل بأجرة وطلب البائع تأخيره إليها وأجابه المشترى سقط حقه . وقد يتوقف فيه بأن التأخير إنما وقع بطلب البائع فلم ينسب المشترى فيه إلى رضا بالعيب ومفهومه أيضا أنه لو أمكن إزالته فى مدة تقابل بأجرة ولم يرض البائع بتأخيره إليها سقط خيار المشترى وإن لم تزد المدة على ثلاثة أيام كيوم ونحوه (قوله ولم يمكنه) أى الإثبات (قوله فله الرد بعيب آخر)

(قوله وهو ممن يخفى عليه الخ) عبارة الشهاب حج : وعذر بقرب إسلامه وهو ممن يخفى عليه بخلاف من يخالطنا من أهل الذمة انتهت . فقوله بخلاف من يخالطنا الخ مفهوم قوله وهو من يخفى عليه ، فالصورة أن الذمى أسلم بخلاف ما يفيده كلام الشارح (قوله فله رده إذا عاد) فليس تأخيره مسقطا للرد ، وليس المعنى أن له التأخير كما له الرد حالا (قوله فله الرد بعيب آخر)

ولا فى مشترٍ آخر ثم علم بالعيب ولم يرض البائع به . مسلوب المنفعة فله التأخير إلى انقضاء مدة الإجارة وإذا وجب الفور (فليبادر) مريد الرد (على العادة) فلا يكلف الركض فى الركوب والعدو فى المشى ليرد (فلو علمه وهو يصلى) ولو نفلا (أو) وهو (يأكل) ولو تفكها فيما يظهر أو وهو فى حمام أو خلاء أو قبل ذلك وقد دخل وقته (فله تأخيره) أى الرد (حتى يفرغ) من ذلك على وجهه الكامل لعذره كما فى الشفعة ، ومن ثم أجرى هنا ماقالوه ثم وعكسه ، ولو سلم على البائع لم يؤثر بخلاف محادثته كما لايؤثر لبس مايتجمل به عادة أو تأخير لنحو

شامل لما لو علم بالعين معا فطلب الرد بأحدهما فعجز عن إثباته فله الرد بالآخر وإن لم يعلم البائع به قبل ، ولو قيل بعدم الرد فى هذه الحالة لم يكن بعيدا لأن عدم إعلام البائع به تقصير من المشترى ، إلا أن يقال : إن طلب الرد بالعيب الأول دليل على عدم رضاه بالمبيع (قوله ولا فى مشترٍ أجر ثم علم بالعيب الخ) أى وأما لو رضى به فيأخذه مسلوب المنفعة ، ولا أجرة له فى المدة الباقية ، وهذا بخلاف مالو تحالفا وفسخ البيع وكان أجره المشترى فللبائع أجرة مثل المدة الباقية ولو كان هو الفاسخ لأنه لو لم يفسخ لفسخه غيره فكأنه مكره ، بخلاف ماهنا فإنه رضى به اختيارا ، لكن يرد على هذا الفرق الإقالة بلا سبب ، فإنه إذا أقاله البائع ووجد المبيع مؤجرا فإنه يرجع بأجرة مثل المدة الباقية . اللهم إلا أن يقال : إن المقيل لما كانت الإقالة مطلوبة منه لأنها تسن فى حقه كان محسنا فاستحق الأجرة ، وأيضا فالإقالة لما لم يستقل بها أحد العاقدين بل لابد فيها من إيجاب وقبول أشبهت العقود (قوله إلى انقضاء مدة الإجارة) أى وإن طالت كتسعين سنة حيث لم يحصل فيها للمبيع عيب فى يد المستأجر وظاهر إطلاقه أنه لافرق بين كون الإجارة للبائع أو غيره ، وهو ظاهر للحوق الضرر بأخذه مسلوب المنفعة ، لكن قيد فى شرح العباب بقوله : أى لغير البائع كما بحثه الزركشى ، هذا ويمكن تصويره لما كان يمكن المشترى فسخ عقد الإجارة ليتوصل بذلك إلى رد العين مع منفعتها للبائع لم يلزم بالصبر إلى فراغ المدة ، ومع ذلك فيه مافيه (قوله على العادة) أى عادة عامة الناس (قوله فلو علمه وهو يصلى) يتجه اعتبار عادته فى الصلاة تطويلا وغيره وفى قدر التنفل وإن خالف عادة غيره لأن المدار على مايشعر بالإعراض أولا ، وتغيير عادته بالزيادة عليها تطويلا أو قدرا بعد العلم بالعيب يشعر بذلك وإن لم يزد على عادة غيره م ر انتهى سم على حج . وينبغى فيما لو اختلفت عادته أن ينظر إلى ماقصده قبل الاطلاع على العيب فلا يضرّ فعله ، وأنه لو لم يكن له قصد أصلا لايضرّ أيضا لأن مافعله صدق عليه أنه من عادته وأنه لايكفى هنا فى العادة مرة واحدة بل لابد من التكرر بحيث صار عادة له عرفا (قوله ولو تفكها) أى دخل وقته بأن حضر أو قرب حضوره (قوله وقد دخل وقته) أى بالفعل ، وقياس مافى الجماعة أن قرب حضوره كحضوره (قوله على وجهه الكامل) ومنه انتظار الإمام الراتب فله التأخير للصلاة معه وإن كان مفضولا إذا كان اشتغاله بالرد يفوت الصلاة معه بل أو تكبيرة الإحرام والتسبيحات خلف الصلوات وقراءة الفاتحة والإخلاص والمعوّذتين يوم الجمعة سبعا سبعا (قوله مايتجمل به عادة) ظاهره وإن لم يكن معتادا له لكن ينبغى تخصيصه بما إذا لم يخلّ بمروءته لأن اشتغاله به حينئذ عيب يتوجه عليه اللذم بسببه ، فإن أخلّ بها كلبس غيره فقيه ثياب فقيه لم يعذر فى الإشتغال بلبسها (قوله أو تأخير) أى ويعذر فى تأخير الخ : أى

أى والصورة أنه علم بالعيبين أولا وإلا فرضناه بغلب لايسقط حقه من الرد لو اطلع على عيب آخر فلا معنى للتخصيص بما إذا اشتغل بالإثبات (قوله فله التأخير إلى انقضاء مدة الإجارة) يقال فيه ماقدمته فى الآبق والمغصوب على أن هذه تقدمت فى كلامه

مطر أو وحل شديد فيما يظهر ، والأوجه الاكتفاء فيه بما يسقط معه طلب الجماعة (أو) علمه (ليلا فحتى) يصبح لعدم التقصير. نعم إن تمكن من السير بغير كلفة لم يعذر فلا فرق بينه وبين النهار كما قاله فى المطلب ، ونقل نحوه فى الكفاية عن التتمة (فإن كان البائع بالبلد رده) المشترى (عليه بنفسه أو وكيله) إن لم يحصل بالتوكيل تأخير مضر ولولىّ المشترى ووارثه الرد أيضا كما لايخفى (أو) ردّه (على) موكله أو وارثه أو وليه أو (وكيله) بنفسه أو وكيله كما أفاده سياق كلام المصنف ، فعبارته مساوية لعبارة أصله وإن فرق بعضهم بينهما وذلك لأنه قائم مقامه (ولو تركه) أى المشترى أو وكيله البائع ووكيله (ورفع الأمر إلى الحاكم فهو آكد) فى الرد لأن الخصم ربما أحوجه فى آخر الأمر إلى المرافعة إليه فيكون الإتيان إليه أوّلا فاصلا للأمر جزما . قال الرافعى : وهذا ما فهمته من كلام

أو كما لايؤثر تأخير (قوله والأوجه الاكتفاء فيه) أى نحو المطر (قوله طلب الجماعة) وهو ما يبلّ الثوب (قوله فحتى يصبح) أى ويدخل الوقت الذى جرت به العادة بانتشار الناس إلى مصالحهم عادة (قوله بغير كلفة) أى بالنظر لحالة نفسه (قوله إن لم يحصل بالتوكيل تأخير مضر) كأن كان الوكيل غائبا عن المجلس فانتظر حضوره . قال فى شرح العباب : وإلا بطل حقه ، وإذا استوت مسافته إلى المالك وان لم يكن هو البائع كأن اشترى من ولى فكمل المولى فيرد عليه لا على وليه على الأوجه . ثم رأيت الأذرعى قال : والرد عليه ظاهر لأنه المالك اه سم على حج . وبقى مالو اشترى الولى لطفله مثلا فكمل ثم وجد فى المبيع عيبا ، وقياس ماذكره أن الراد هو المولى عليه لكونه المالك لا وليه ، وعليه فالفرق بينه وبين مالو كمل الطفل فى زمن خيار الشرط حيث قلنا ثم الرد لوليه لا له أن خيار الشرط ثبت للولى ابتداء فدام بخلافه هنا . نعم لو ظهر العيب قبل كمال الصبى وأخر الولى الرد لعذر ثم كمل الصبى فيحتمل أن يلحق بخيار الشرط لثبوت الخيار له قبل كمال الطفل فليراجع . فإن قضية اطلاقه أن الرد عليه مطلقا . ويمكن توجيهه بأن الرد إنما ثبت للولىّ قبل كمال الطفل لضرورة وقد زالت بكماله . بخلاف خيار الشرط فإنه يثبت للولى قصدا بتراضى العاقدين (قوله ولولىّ المشترى) أى بأن اشترى عاقل ثم جنّ (قوله كما لايخفى) لانتقال الحق لهما (قوله على موكله) أى البائع (قوله أو وليه) أى أو الحاكم ويمكن شمول الولى له ، وكتب أيضا قوله أو وليه لو كان وليه الحاكم كأن مات العاقد وخلف أطفالا ووليهم الحاكم المذكور وكان بحيث لو رده على الحاكم خيف على المال منه فينبغى أنه لايجوز له الرد عليه كما صرحوا به فى نظائره وأنه يعذر فى التأخير إلى كمال الأطفال وزوائد المبيع وفوائده للمشترى وضمانه عليه كما هو معلوم (قوله لأنه قائم مقامه) قضيته أنه لو تراخى فى الرد بلا عذر سقط وأنه يجب عليه الإشهاد فى طريقه إن رأى العدل ، وقد يقال توكيله كاف لإشعاره بعدم الرضا فلا يجب الفور ولا الإشهاد على الوكيل ، لكن فى حج مانصه : ويلزمه الإشهاد عليه : أى الفسخ أيضا حال توكيله أو عذره لنحو مرض أو غيبة عن بلد المردود عليه وخوف من عدوّ وقد عجز التوكيل فى الثلاث وعن المضىّ إلى المردود عليه والرفع إلى الحاكم أيضا فى الغيبة اه . وكتب عليه سم قوله حال توكيله ولم يذكره فى الروض ولا فى شرحه ولا فى غيرهما ، ويوجه بأن توكيله لايزيد على شروعه فى الرد بنفسه بل لايساويه مع أنه لايساويه مع أنه إذا قدر على الإشهاد حينئذ وجب . فإن قلت : لزوم الإشهاد يعطل فائدة التوكيل . قلت : لو سلم إبطالها فى هذه الحالة فلا محذور اه . وقد يقال : ينبغى أن يفسخ بحضرة من يريد توكيله ليحلف معه ، وإذا وكله فليكن ذلك لمجرد الرد وطلب الثمن ، وببعض الهوامش أن التوكيل عذر فى عدم الإشهاد ، وفيه نظر لايخفى لما تقدم عن سم من أن توكيله لايزيد على شروعه فى الرد بنفسه (قوله أى المشترى) تفسير للضمير المستتر (قوله البائع) تفسير للضمير المنصوب (قوله أو وكيله) أى وكيل البائع (قوله جزما) أى من غير تأخير وافتقار إلى غيره

(قوله ولولىّ المشترى) أى إذا خرج عن الأهلية ، وكذا يقال بالنسبة لما يأتى فى البائع

الأصحاب وحاصله تخييره بين الأمرين اه . وهو كما قال وإن قال الأذرعى كابن الرفعة إن محله إذا لم يلق أحدهما قبل الآخر ، وعليه يحمل قول الإمام المذهب أن العدول إلى القاضى مع وجود الخصم تقصير . نعم يظهر أنه لو اطلع عليه فى مجلس الحكم فذهب إلى البائع من غير فسخ بطل حقه ، وشمل ذلك القاضى الذى لاينفذ حكمه بعلمه وإن لم يكن عنده أحد يشهد لأنه يصير شاهدا له ، على أن محله لايخلو عن شهود غالبا ، فقد قال فى الأنوار : لو اطلع فى مجلس الحكم فخرج إلى البائع ولم يفسخ بطل حقه ، ولو اطلع بحضرة البائع فتركه ورفع إلى القاضى لم يبطل كما فى الشفعة . قال فى الإسعاد : وإنما يخير بين الخصم والحاكم إذا كانا بالبلد . فإن كان أحدهما غائبا تعين الحاضر ، وليس المراد بالرفع إلى الحاكم الدعوى لأن غريمه غائب عن المجلس وهو فى البلد وإنما يفسخ بحضرته ثم يطلب غريمه (وإن كان) البائع (غائبا) عن البلد ولا وكيل له بها (رفع) الأمر (إلى الحاكم)

(قوله كما قال) يستثنى منه مالو لقى القاضى أولا فعدل عنه إلى البائع فإنه مسقط للرد كما يأتى فى قوله نعم يظهر أنه لو اطلع عليه الخ ، ويظهر أن محل ذلك أيضا إذا كان القاضى لايأخذ شيئا من المال وإن قلّ أو لايصل إليه إلا بمشقة ، وإلا فلا يكون عدوله إلى البائع مسقطا للرد (قوله الأمرين) أى البائع والحاكم (قوله وعليه) من تتمة كلام الأذرعى (قوله لو اطلع عليه فى مجلس الحكم) أى أو قبله ورأى القاضى قبل ملاقاة البائع ، وقد تشمل هذه عبارة الأذرعى ، وانظر لو لقى البائع أو تركه لوكيله أو عكسه هل يضر لأنه مقصر أولا لأن الجميع فى مرتبة واحدة والحاكم فى المرتبة الأخرى ، وظاهر كلامهم أنه يضر إلا فى مسئلة واحدة ، وهى ما لو لقى البائع وعدل عنه إلى الحاكم فإنه يضرّ لأنه آكد ، فينبغى أن مثله فى الضرر مالو لقى الموكل وعدل عنه إلى الوكيل لأن المقصود يحصل بالرد على كل منهما ، فعدوله عن أحدهما للآخر تقصير ، وهذا بخلاف مالو قصد ابتداء الذهاب إلى واحد منهما وترك الآخر فإنه لايضر لعدم نسبته إلى تقصير حيث استوت المسافتان (قوله لاينفذ حكمه بعلمه) أى بأن لم يكن مجتهدا (قوله لأنه يصير شاهدا له) أى وتظهر ثمرته فيما لو وقعت الدعوى عند غيره أو استخلف القاضى المشهود عنده من يحكم له (قوله بطل حقه) ظاهره وإن خلا مجلس الحكم عن الشهود وأمكنه الخروج منه والإشهاد خارجه على الفسخ مر سم على حج . ويوجه بما مر من أنه يصير شاهدا له (قوله قال فى الإسعاد) لابن أبى شريف (قوله إنما يفسخ) أى بل المراد أنه إنما الخ ، وهل يقدم الفسخ على الإخبار هنا قياسا على مايأتى عن الفراوى أم لا ؟ فيه نظر ، والظاهر أنه لايشترط بل ينبغى تقديم الإخبار ، ويفرق بين هذا وبين الإشهاد الآتى بأن المقصود من الرفع الآتى للقاضى فصل الخصومة ، وهو إنما يكون بعد الإخبار ، بخلاف الإشهاد فإن المقصود منه مجرد الإخبار بالفسخ فوجب تقديمه (قوله وإن كان البائع غائبا) ألحق فى الذخائر الحاضر بالبلد إذا خيف هربه بالغائب عنها اه شرح روض (قوله رفع الأمر الخ) بقى مالو كان غائبا ولا وكيل له بالبلد ولا حاكم بها ولا شهود فهل يلزمه السفر إليه أو إلى الحاكم إذا أمكنه ذلك بلا مشقة لاتحتمل ، وقد يفهم من المقام اللزوم اه سم

(قوله وحاصله تخييره بين الأمرين) صادق بما إذا لقيه أحدهما قبل الآخر فيكون له العدول عنه إلى الآخر ، وصريح سياقه أن هذا الصدق معتمد عنده بدليل رده لتقييد ابن الرفعة والأذرعى بقوله وإن قال الأذرعى الخ ، بدليل أنه لم يستدرك إلا إذا اطلع فى مجلس الحكم ، لكن فى حاشية الزيادى أنه لو مرّ بالقاضى ليس له العدول عنه إلى البائع (قوله وعليه يحمل قول الإمام) أى على قول الأذرعى كابن الرفعة وكان الأولى أن يقول : ويوافقه قول الإمام أو نحو ذلك (قوله نعم يظهر أنه لو اطلع عليه فى مجلس الحكم) خرج به مالو مرّ بالحاكم فى طريقه وقد قدمنا مافيه

ولا يؤخره لحضوره فيقول اشتريته من فلان الغائب بكذا ثم ظهر به عيب كذا ويقيم البينة على كل ذلك ويحلفه أن الأمر جرى كذلك لأنه قضاء على غائب فتعتبر شروطه ثم يفسخ ويحكم له بذلك ويبقى الثمن دينا عليه إن قبضه ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل ويعطيه الثمن من غير المبيع إن كان وإلا باعه فيه ، ويمتنع على المشترى حبس المبيع إلى قبض الثمن ، بخلافه فيما يأتى لأن القاضى ليس بخصم فيؤتمن بخلاف البائع ، وعلم مما قررناه أن الرفع إلى الحاكم ليفسخ عنده تكفى فيه الغيبة ولو عن المجلس أخذا مما مر ، أما القضاء به وفصل الأمر فلا بد فيه من شروط القضاء (على الغائب) فلا يقضى عليه مع قرب المسافة ولا يباع ماله إلا لتعزز أو توار ذكر معظم ذلك الزركشى كالأذرعى (والأصح أنه) إذا عجز عن الإنهاء لمرض مثلا أو أنهى وأمكنه فى الطريق الإشهاد (يلزمه الإشهاد على) نفس (الفسخ) على الراجح لا على طلبه لقدرته على الفسخ بحضرة الشهود فتأخيره حينئذ يتضمن الرضا ، والأقرب كما قاله ابن الرفعة الاكتفاء بشاهد واحد كما هو الأصح فى أداء الضامن ، ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين فالأوجه الاكتفاء به على الأصح كنظيره من الضمان ، أيضا ، ولا ينافى لزوم الإشهاد هنا ما يأتى فى الشفعة أنه لو سار طالبها

على حج (قوله ولا يؤخره لحضوره) ينبغى ولا للذهاب إليه اه سم على حج (قوله ويقيم البينة) أى وجوبا (قوله ويحلفه) أى وجوبا (قوله ثم يفسخ) أى المشترى هذا إن لم يفسخ قبل وإلا أخبر به كما هو ظاهر اه سم على حج (قوله ويأخذ المبيع) أى القاضى (قوله وإلا باعه) أى حيث تعينت المصلحة فى بيعه وإلا تخير بينه وبين غيره حيث كانت المصلحة فيه وفى غيره سواء ، وعبارة شرح الروض : وإنما لم يقض من البيع ابتداء للاغتناء عنه مع طلب المحافظة على بقائه لاحتمال أن له حجة يبديها إذا حضر (قوله بخلافه فيما يأتى) أى فى باب المبيع قبل قبضه ، وهو أن له الحبس وتقدم له عن المجموع عند قول المصنف وتحسب المدة من العقد ، وقيل من التفرق إن حبس فى جميع الفسوخ وعبارته : وليس لأحدهما بعد الفسخ حبس ما فى يده بعد طلب صاحبه بأن يقول : لا أرد حتى يرد ، بل إذا بدأ أحدهما بالمطالبة لزم الآخر الدفع إليه ثم يرد ما كان فى يده كما فى المجموع هنا ، ومثله جميع الفسوخ على ما اعتمده جمع ، لكن الذى فى الروضة واعتمده السبكى وغيره أن له الحبس فيمتنع تصرف مالكه فيه مادام محبوسا اه . وقوله ومثله جميع الفسوخ هو المعتمد خلافا للسبكى (قوله وعلم مما قررناه) أى فى قوله وليس المراد بالرفع الخ (قوله إلا لتعزز أو توار) أو غيبة بمسافة بعيدة وهى التى لا يرجع منها مبكرا إلى محله ليلا ، وهذا ما قاله الأذرعى وتبعه الزركشى ، وخالف فى ذلك السبكى وابن الرفعة وجعلا ذلك مستثنى من القضاء على الغائب فجوزاه مع قرب المسافة كما اقتضاه إطلاقهم والمعتمد الأول اه شيخنا زيادى (قوله يلزمه الإشهاد على الفسخ) قال فى شرح العباب بقوله رددت المبيع أو فسخته مثلا ومن ثم قال الأذرعى وغيره : لابد للناطق من لفظ يدل على الرد ، ومما يصرح به قول ابن الصلاح عن الفراوى : صورة رد المعيب أن يقول رددته بالعيب على فلان ، فلو قدم الإخبار عن الرد بطل رده : أى إن لم يعذر بجهله اه سم على حج . وقوله الفراوى : أى بضم الفاء إلى فراوة بليدة بطرف خراسان واسمه أبو عبد الله محمد بن الفضل اه طبقات الأسنوى . قال فى الروضة الخامسة مؤنة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب على المشترى ولو هلك فى يده ضمنه ، وقضيته أنه يجب عليه مؤنة رده إلى يد البائع ولو بعدت المسافة . وفى حج ما نصه : فرع : مؤنة رد المبيع بعد الفسخ بعيب أو غيره إلى محل قبضه على المشترى وكذا كل يد ضامنة يجب على صاحبها مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة اه . وسيأتى ذلك فى قول الشارح واعلم أنه متى فسخ البيع بعيب أو غيره كانت مؤنة رد المبيع بعده إلى محل قبضه على المشترى (قوله فالأوجه الاكتفاء به) أى فلا يسقط الرد لعذره لا أنهما يكفيون فى ثبوت الفسخ ومثل ذلك ما لو بانا كافرين أو رقيقين

لم يحتج للإشهاد كما لو أرسل وكيلا ولم يشهد لأن الرد هنا رفع للملك الراد واستمراره على الملك مشعر بالرضا فاحتاج إلى الإشهاد على الفسخ ليخرج عن ملكه ، والشفيع لايستفيد دخول الشقص فى ملكه وإنما يقصد به إظهار الطلب والسير يغنى عن ذلك ، وإنما يلزمه الإشهاد فى تلك الصور (إن أمكنه) وتسقط حينئذ عنه الفورية لعود المبيع إلى ملك البائع بالفسخ فلا يحتاج إلى أن يستمر (حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم) إلا لفصل الأمر خاصة وحينئذ لايبطل رده بتأخيره ولا باستخدامه . نعم يصير به متعديا وقد علم من ذلك أن قوله حتى ينهيه غاية لفصل الأمر خاصة ، ويجوز أن يكون غاية لوجوب الإشهاد وبهذا التقرير الذى ذهب إليه جمع محققون بناء على مامر من أنه يشهد على نفس الفسخ علم صحة كلامه إذ بعد الفسخ لا وجه لوجوب فور ولا إنهاء ، ومن زعم أن الاكتفاء بالإشهاد إنما هو عند تعذر الحاكم والخصم فغير صحيح ، وحينئذ فمعنى إيجاب الإشهاد عليه فى حالتى وجود العذر وفقده أنه عند وجوده يسقط الإنهاء ويجب تحرى الإشهاد إن تمكن منه وعند فقده يخير بينه وبين الإنهاء وحينئذ يسقط الإشهاد : أى تحريه فلا ينافى وجوبه لو صادفه شاهد وهذا بحسب ماظهر فى هذا المقام (فإن عجز عن الإشهاد لم يلزمه التلفظ بالفسخ فى الأصح) لأن إيجاب لفظ من غير سامع أو سامع لايعتد به بعيد فيؤخر إلى أن يأتى به عند المردود عليه أو والحاكم لعدم فائدته قبل ذلك بل لافيه ضرر عليه فإن المبيع ينتقل به الملك البائع ،

(قوله فى تلك الصور) مراده بالصور ماتقدم فى قوله إذا عجز عن الإنهاء لمرض مثلا أو أنهى وأمكنه فى الطريق الخ ، وعليه فجعل ذلك صورا إما بناء على أن الجمع مافوق الواحد أو بالنظر لما اندرج من تحت العجز عن الإنهاء من المرض ونحوه (قوله إن أمكنه) قال فى شرح العباب بأن رأى العدل فى طريقه ولم يخش على نفسه مبيح تيمم لو وقف وأشهده فيما يظهر ، ويظهر أيضا أنه لو كان للشهود موضع معلوم وهم فيه ولم يمر عليهم ، لكن مسافة محلهم دون مسافة المردود عليه لم يكلف التعريج إليهم لأنه لم يعد بتركه مقصرا حينئذ ، بخلاف ما إذا لقى الشاهد أو مر عليه فى طريقه وليس له الاشتغال بطلب الشهود عن الإنهاء إلى من مر اه سم على حج (قوله وحينئذ) أى حين إذ أشهد على الفسخ (قوله يصير به متعديا) أى فيضمنه ضمان المغصوب وظاهره وإن احتاج لركوبها لكونها جموحا ، وعليه فلو ركب حرم ولزمته الأجرة ، وقد يقال عذره يسقط الحرمة دون الأجرة (قوله وقد علم من ذلك) أى مما قرره بقوله فلا يحتاج إلى أن يستمر (قوله لفصل الأمر) أى لا للإشهاد (قوله لوجوب الإشهاد) أى والمعنى ويستمر وجوب الإشهاد حتى ينهيه ، أى حيث لم يلق من يشهده على ذلك فى ابتداء سيره مثلا (قوله وبهذا التقرير) هو قوله وإنما يلزمه الإشهاد (قوله علم صحة كلامه) أى المصنف (قوله فإن المبيع)علة

(قوله ويجوز أن يكون غاية لوجوب الإشهاد) أى والمعنى ويستمر وجوب الإشهاد حتى ينهيه : أى حيث لم يجد من يشهده على ذلك فى ابتداء سيره مثلا كذا فى حاشية الشيخ ، لكن قوله أى حيث لم يجد من يشهده يأباه كلام المصنف إذ هو مفروض فى حالة إمكان الإشهاد كما لايخفى . واعلم أن قول الشارح ويجوز أن يكون غاية لوجوب الإشهاد لم يذكره الشهاب حج الذى مافى هذه السوادة كلامه ، وهو مناقض لقوله بعد وبهذا التقرير إلى قوله علم صحة كلامه إذ هو صريح فى أن المتن لايصح إلا بهذا التقرير وأن ظاهره فاسد ، وإذا كان كذلك فكيف يقول ويجوز أن يكون غاية لوجوب الإشهاد (قوله بناء على مامر الخ) كان ينبغى تأخيره عن قوله علم صحة كلامه كما صنع الشهاب حج (قوله وعند فقده) يتخير بينه وبين الإنهاء يوهم أن له حالة فقد العذر العدول عن الإنهاء والذهاب ابتداء إلى الشهود وليس مرادا بل المراد ما أفاده قوله عقبه فلا ينافى وجوبه لو صادفه شاهد

وقد يتعذر عليه ثبوت العيب فيتضرر بالمبيع بعد الاطلاع على العيب والثانى يجب ليبادر بحسب الإمكان لقدرته عليه (ويشترط) أيضا لجواز الرد(ترك الاستعمال) من المشترى لمبيع بعد إطلاعه على عيبه (فلو استخدم العبد) أى طلب منه أن يخدمه كقوله ناولنى كذا وإن لم يمتثل ، أو استعمله كأن أعطاه الكوز من غير طلب فأخذه ثم رده له ، بخلاف مجرد أخذه منه من غير رد لأن وضعه بيده كوضعه بالأرض (أو ترك) من لايعذر بجهل ذلك (على الدابة سرجها أو إكافها) ولو ملكا للبائع أو اشتراه معها كما جرى عليه ابن المقرى فى روضه فى سيره للرد أو فى المدة التى اغتفر له التأخير فيها ، والإكاف بكسر الهمزة أشهر من ضمها ماتحت البرذعة وقيل نفسها وقيل غيرهما (بطل حقه) من الرد والأرش لإشعاره بالرضا لأنه انتفاع به ، إذ لو لم يتركه لاحتاج إلى حمله أو تحميله ، ولو كان نزعه يضرها كأن عرقت وخشى من النزع تعيبها لم يسقط حقه كما قاله ابن الرفعة وارتضاه السبكى وغيره ، إذ لا إشعار حينئذ ، والأوجه أخذا مما يأتى أن يكون مثل ماتقرر مالو تركه لمشقة حمله أو لكونه لايليق به أما لو

للضرر (قوله فيتضرر) وبتقدير ذلك يكون كالظافر بغير جنس حقه فيتولى بيعه ويستوفى منه قدر الثمن ، فإن فضل شىء دفعه للبائع وإن بقى شىء فى ذمة البائع فيأخذه مثله من ماله إن ظفر به (قوله ترك الاستعمال) هو طلب العمل فيفيد أنه لو خدمه وهو ساكت لم يضر سم على منهج اه . وظاهره أنه لافرق فى ذلك بين الجاهل بثبوت الخيار والعالم ، وبه صرح حج حيث قال : تنبيه : مقتضى صنيع المتن وظاهر قول الروضة كما أن تأخير الرد مع الإمكان تقصير ، فكذا الاستعمال والانتفاع والتصرف لإشعارها بالرضا أنه لو علم بالعيب وجهل أن له الرد به وعذر بجهله ثم استعمله سقط رده الخ (قوله من المشترى) خرج به وكيله ووليه فلا يكون استعمالها مسقطا للرد (قوله فلو استخدم العبد) أى من لايعذر بجهل ذلك كما يأتى عن سم ، وفى كلام حج أن مقتضى المتن كالروضة أنه لو جهل أن له الرد فاستعمل المبيع ليأسه من الرد فى ظنه ثم علم أن له الرد لم يعذر ، وشمل قوله لو استخدم العبد الخ مالو احتاج إلى ذلك لصلاته كأن كان لايمكنه الاستناد إلا بمعين ، ومن الاستخدام مالو صال شخص على المشترى فطلب منه المعاونة فى دفعه عنه فيسقط لأنه لحفظ نفسه ، بخلاف مالو صال على العبد فطلب منه ذلك فلا يسقط رده قياسا على ما لو ركب الدابة للهرب بها خوفا عليها من إغارة أو نهب الآتى (قوله أن يخدمه) بضم الدال اه مختار (قوله كقوله ناولنى كذا) وهل مثل ذلك الإشارة من الناطق أم لا ؟ فيه نظر فيحتمل ، وهو الظاهر بل المتعين أن الإشارة هنا كالنطق فتسقط الرد قياسا على الاعتداد بها فى الإذن فى دخول الدار وفى الإفتاء ، وأما الكناية فينبغى إن نوى بها طلب العمل من العبد امتنع الرد لأنها كناية وإلا فلا (قوله وإن لم يمتثل) فيه رد على مافى الروض من أن سقوط الرد فيما إذا استدعى الشرب من العبد مقيد بما لو سقاه (قوله كأن أعطاه) أى أعطى الرقيق سيده الكوز (قوله من غير رد) أى أو بتعريضه فأتى له به (قوله لأن وضعه) أى الكوز (قوله بيده) أى السيد (قوله أو ترك من لايعذر بجهل ذلك) لم يقيد به فيما قبله ولا يبعد التقييد به فيه أيضا اه سم على حج . وعليه فهو مخالف لما تقدم عن حج أنه مقتضى كلام المتن كالروضة (قوله ماتحت البرذعة) بفتح الموحدة وسكون الزاء وفتح الذال المعجمة أو المهملة اه كذا فى حاشية غزى على الشافية (قوله وقيل غيرهما) عبارة حج بدل هذا وقيل مافوقها ، والمراد هنا واحد مما ذكر فيما يظهر (قوله وخشى من النزع) أى ولو بمجرد التوهم لأن المدار على مالا يشعر بقصد انتفاعه وتوهمه العيب المذكور مانع من إرادته الانتفاع ، ولو اختلف البائع والمشترى فى ذلك فينبغى تصديق المشترى لأن البائع يدعى عليه مسقط الرد والأصل عدمه على أن ذلك لايعلم إلا منه (قوله مثل ماتقرر)

(قوله أو فى المدة التى اغتفر له التأخير فيها) أى وإلا فالرد ساقط بالتأخير لا بالترك المذكور

كان ممن يعذره فى مثله لجهله لم يبطل به فى حقه كما قاله الأذرعى ، وما نقله الرويانى من حلّ الانتفاع فى الطريق مطلقا حتى بوطء الثيب مردود ، والفرق بينه وبين الحلب الآتى ظاهر ، وخرج بالسرج والإكاف العذار واللجام فلا يؤثر تركهما لتوقف حفظها عليهما (ويعذر فى ركوب جموح) للرد (يعسر سوقها وقودها) للحاجة إليه ، ويؤخذ منه أنه لو خاف عليها من إغارة أو نهب فركبها للهرب بها لم يمنعه من ردها ، بخلاف ركوب غير الجموح واستدامته له بعد علمه بالعيب ، بخلاف مالو علم عيب الثوب وهو لابسه لايلزمه نزعه لأنه غير معهود كذا ذكراه ، وظاهر أنه هو المعتمد نظرا للعرف فى ذلك ، ولأن استدامة لبس الثوب فى طريقه للرد لاتؤدى إلى نقصه ، واستدامة ركوب الدابة قد يؤدى إلى تعيبها ، وكلامهما فيهما محله إذا لم يحصل للمشترى مشقة بالنزول أو النزع ، فما ذكره الأسنوى فيهما عند مشقته ليس مرادا لهما ،كما يؤخذ من كلامهما فى هذا الباب ، ويلحق بما قالاه مالو تعذر رد غير الجموح إلا بركوبها لعجزه عن المشى ، وله حلب لبنها الحادث حال سيرها ، فإن أوقفها له أو لإنعالها وهى تمشى بدونه

فى عدم سقوط الرد (قوله ممن يعذر فى مثله) أى بأن كان عاميا لم يخالط الفقهاء مخالطة تقتضى العادة فى مثلها بعدم خفاء ذلك عليه (قوله ظاهر) ولعل وجهه أن الحلب تفريغ للدابة من اللبن المملوك للمشترى فليس فيه مايشعر بالرضا ببقاء العين ولا كذلك الوطء ونحوه (قوله فلا يؤثر تركهما) أى ولا وضعهما فى الدابة لأن لأن الغرض حفظهما (قوله للحاجة إليه) وهل يلزمه سلوك أقرب الطريقين حيث لاعذر للنظر فيه مجال ، ولعل اللزوم أقرب لأنه بسلوك الأطول مع عدم العذر يعدّ عابثا كما دل عليه كلامهم فى القصر اه حج . وعليه فينبغى سقوط الخيار بمجرد العدول لا بالانتهاء ، وينبغى أيضا أنه ليس من العذر مالو سلك الطويل لمطالبة غريم له فيه فيسقط خياره (قوله من ردها) هذا كله قبل الفسخ ، فلو عرض شىء من ذلك بعد الفسخ هل يكون كذلك أولا؟ فيه نظر ، وقد قدمنا مايقتضى التفرقة بينهما وهو أنه لايسقط الرد بالاستعمال بعد الفسخ مطلقا وإن حرم عليه ذلك ووجبت الأجرة (قوله بخلاف مالو علم الخ) هو فى مقابلة قوله بخلاف ركوب الخ ، والمراد أنه لايعذر فى ركوب غير الجموح واستدامته ، بخلاف مالو علم عيب الثوب الخ فإنه يعذر فيه (قوله لايلزمه نزعه) ظاهره وإن لم يكن فى نزعه مشقة ولا أخلّ بمروءته (قوله لايؤدى إلى نقصه) مفهومه أنه إذا أدى إليه سقط رده وهو ظاهر (قوله وكلاهما فيهما) أى الثوب والدابة (قوله محله إذا لم يحصل) صريح هذا أنه لايكلف نزع الثوب مطلقا بخلاف الدابة فإنه يفصل فيها بين مشقة النزول عنها وعدمه ، وهو مخالف لما نقله سم عنه فى حواشى حج وحواشى المنهج ، وعبارته على المنهج المعتمد فى كل من الدابة والثوب أنه إن حصل له مشقة بالنزول عن الدابة ونزع الثوب لم يسقط خياره ، وإلا سقط من غير تفرقة بين ذوى الهيئات وغيرهم مر اه (قوله ويلحق بما قالاه) ويظهر تصديق المشترى فى ادعاء عذر مما ذكر ، وقد أنكره البائع لأن المانع من الرد لم يتحقق ، والأصل بقاؤه اه حج (قوله لعجزه عن المشى) ولا يضرّ تركه البرذعة عليها حيث لم يتأت ركوبه بدونها لعدم دلالته على الرضا (قوله وله حلب لبنها) عبارة حج : وله حلب نحو لبنها ، وكتب عليه سم مانصه : قياسه جريان هذا التفصيل فى جزّ الصوف الحادث بل يشمله لفظ نحو لكن وقع فى الدرس خلافه وأنه يضر الجزّ مطلقا ولو حال السير فلتحرر المسئلة ، وانظر حيث جوزنا له استعمال المبيع فى هذه المسائل هل شرطه عدم الفسخ وإلا حرم لخروجه عن ملكه وإن كان له عذر أو يباح مطلقا للعذر وإن خرج عن ملكه اه . أقول : وقد يقال العذر يبيح له ذلك مع الأجرة كما تقدم ، وقوله فلتحرر المسئلة قضية قول الشارح الآتى . والمعنى يرده ثم يفصله : أى الصبغ نظير ما فى الصوف يقتضى الفرق بين الصوف واللبن (قوله فإن أوقفها) الأفصح حذف الألف (قوله وهى تمشى بدونه) أى الإنعال

بطل رده كذا جزم به السبكى والأوجه كما قاله الأذرعى أنه لايضر إذا لم يتمكن منه حال سيرها أو حال علفها أو سقيها أو رعيها . واعلم أنه متى فسخ البيع بعيب أو غيره كانت مؤنة ردّ المبيع بعده إلى محل قبضه على المشترى بل كل يد ضامنة يجب على ربها مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة (وإذا سقط ردّه بتقصير) منه (فلا أرش) له لتقصيره فهو المفوّت له (ولو حدث عنده عيب) لم يتقدم سببه فى يد البائع واطلع على عيب قديم ، وضابط الحادث هنا هو ضابط القديم فيما مر غالبا ، فمن غير الغالب نحو الثيوبة فى الأمة فهى حادثة هنا بخلافها ثم فى أوانها ، وكذا عدم نحو قراءة أو صنعة فلا رد به ثم وهنا لو اشترى قارئا ثم نسى امتنع الرد ، وتحريمها على البائع بنحو وطء مشتر هو ابنه ليس بحادث (سقط الرد قهرا) أى الرد القهرى كما قاله الشارح مريدا به أن القهر صفة للرد لا للسقوط ، فيكون الساقط هو رده القهرى ، فلو تراضيا على الرد كان جائزا ، بخلاف مالو كان القهر صفة للسقوط فإنه يكون الرد ممتنعا مطلقا ، وامتناع الرد قهرا لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعيبين ، والضرر لايزال بالضرر ، ومن ثم لو زال الحادث كان له الرد وكذا لو كان الحادث هو التزويج من البائع أو غيره فقال قبل الدخول إن ردّك المشترى بعيب فأنت طالق فله الرد لزوال المانع به ، ولا أثر لمقارنته للرد إذ المدار على زوال

(قوله أنه لايضر) أى الوقف للحلب (قوله إذا لم يتمكن منه) أى من الحلب كما يؤخذ من شرح الروض ، وينبغى أن محل ذلك إذا كان التأخير يضرّ بها وإلا فله التأخير إلى محل البائع (قوله أو غيره) كالخيار (قوله بل كل يد ضامنة) ومنها مؤنة ردّ الثمن على البائع (قوله يجب على ربها مؤنة الرد) لو بعد المأخوذ منه هنا عن محل الأخذ منه هل يجب على رب اليد مؤنة الزيادة اهـ سم على حج ؟ أقول : قضية قوله إلى محل قبضه أنه لايجب ، وعليه لو انتهى المشترى إلى محل القبض فلم يجد البائع فيه واحتاج فى الذهاب إليه إلى مؤنة فهل يصرف مايحتاج إليه ثم يرجع به على البائع أو يسلم المبيع للحاكم ثم إن وجده أو كيف الحال ؟ فيه نظر ، ولايبعد أنه يرفع الأمر إلى الحاكم إن وجده فيستأذنه فى الصرف وإلا صرف بنية الرجوع وأشهد على ذلك (قوله فهو المفوّت له) أى الأرش من حيث الخيار : أى خيار الشرط (قوله فيما مر غالبا) ولو فسر الحادث هنا بما نقص العين أو القيمة عما كانت وقت القبض لم يحتج لزيادة غالبا (قوله فى أوانها) أى فإنها ليست عيبا (قوله هو ابنه) أى ابن البائع (قوله ليس بحادث) أى فله بالردّ كما إن وجد أن المشترى الأمة المبيعة محرمة عليه لايقتضى الرد لكونه ليس عيبا قديما (قوله ممتنعا مطلقا) أى تراضيا أولا (قوله كان له الرد) أى المشترى (قوله فقال) أى الزوج قبل الدخول خرج به مالو كان بعده فلا يجوز له الرد لوجود العدة وهى عيب (قوله إن ردك المشترى بعيب) سيأتى التعبير عن ذلك بما لو علق الزوج طلاقها بمضى نحو ثلاثة أيام (قوله لزوال المانع) قال فى شرح الروض : ولم تخلفه عدّة اهـ سم على حج ، وقوله ولم تخلفه : أى والحال الخ بأن كان قبل الدخول وقوله به أى بالرد (قوله ولا أثر لمقارنته) أى

(قوله بل كل يد ضامنة الخ) علم منه أن اليد بعد الفسخ يد ضمان وهو كذلك (قوله صفة للرد) أى فى المعنى وكذا يقال فى المنفى ، وقد يقال فى الثانى إن المراد فيه الصفة الاصطلاحية إن التقدير عليه سقط سقوطا قهريا بمعنى قهريا فهو وصف لموصوف محذوف (قوله فقال) أى ذلك الغير للعلم بزوال المانع فى مسئلة تزويجها من البائع بمجرد الفسخ إذ ينفسخ به النكاح (قوله قبل الدخول) كان ينبغى تأخيره عن قوله فله الرد ، إذ لا فائدة فى القول قبل الدخول إذا وقع الرد بعد الدخول وخرج بقبل الدخول مابعد الدخول لأنه تعقبه العدّة وهى عيب كما مر

ضرر البائع بعد دخوله فى ملكه وهو حاصل هنا فاندفع التوقف فى ذلك . والجواب عنه بإصلاح التصوير بأن يقول فأنت طالق قبيله ، ولو أقاله بعد حدوث عيب بيده فللبائع طلب أرشه لصحتها بعد تلف المبيع بالثمن فكذا بعد تلف بعضه ببعض الثمن ، ويؤخذ من صحتها بعد التلف صحتها بعد بيع المشترى وهو الأوجه أخذا من قولهم يغلب فيها أحكام الفسخ من قولهم يجوز التفاسخ بنحو التحالف بعد تلف المبيع أو بيعه أو رهنه أو إجارته ، وإذا جعل المبيع كالتالف فيسلم المشترى الأول مثل المثلى وقيمة المتقوّم ، وأخذ البلقينى من ذلك صحة الإقالة بعد الإجارة علم البائع أولا والأجرة المسماة للمشترى وعليه للبائع أجرة المثل (ثم) إذا سقط الرد القهرى لحدوث العيب (إن رضى به البائع) من غير أرش عن الحادث (ردّه المشترى) عليه (أو قنع به) من غير أرش عن القديم لانتفاء الضرر حينئذ (وإلا) بأن لم يرض به البائع معيبا (فليضم المشترى أرش الحادث إلى المبيع ويرد) على البائع (أو يغرم البائع) للمشترى (أرش القديم ولا يرد) لأن كلا من ذلك فيه جمع بين المصلحتين ورعاية الجانبين (فإن اتفقا على أحدهما) ولم يكن المبيع ربويا بيع بجنسه (فذاك) ظاهر ، لأن الحق لهما لا يعدوهما ومن ثم تعين على ولى أو وكيل فعل الأحظ ، أما الربوى المذكور فيتعين فيه الفسخ مع أرش الحادث لما مرّ ، ولأنه

العيب للرد : أى فيما لو قال للزوج قبل الدخول إن الخ (قوله ولو أقاله) أى أقال البائع المشترى ويحصل بلفظ منهما كقول البائع أقلتك فيقول المشترى قبلت (قوله بعد حدوث عيب) ظاهره بأجرة وذلك سواء علم به البائع قبل الإقالة أو لا . وفى سم على منهج : لو فسخ المشترى والبائع جاهل بالحادث ثم علمه فله فسخ الفسخ اهـ عب وقياسه هنا أن البائع إذا أقال جاهلا بحدوث العيب ثم علمه كان له فسخ الإقالة (قوله بيده) أى المشترى (قوله ببعض الثمن) يقتضى أن الأرش هنا جزء من الثمن ، وقد تقدم أن الأرش الذى يأخذه البائع ينسب إلى القيمة لا إلى الثمن فيؤوّل قوله هنا ببعض الثمن بنحو قوله مايقابل بعض الثمن ، لأن جزء القيمة فى الغالب لا يزيد على قدر الثمن وإن اتفق ما بين قيمته سليما ومعيبا قدر مساوى الثمن أو يزيد عليه فذاك نادر (قوله ويؤخذ من صحتها) أى الإقالة (قوله بعد بيع المشترى) ويرد البائع الثمن على المشترى ويطالبه بالبدل الشرعى كما يأتى ويستمر ملك المشترى الثانى على المبيع ، وقد وقع السؤال فى الدرس عما لو اشترى مسلم أو كافر عبدا كافرا من كافر أو مسلم ثم أسلم العبد واطلع فيه على عيب قديم هل يكون إسلامه عيبا حادثا فيمنع من الرد أم لا ؟ قلت : الظاهر أن يقال : إن كان ذلك فى محل تنقص قيمته فيه بالإسلام فلا ردّ له وإلا فله الرد (قوله يغلب فيها) أى الإقالة (قوله فيسلم) أى البائع المشترى الخ (قوله وقيمة المتقوّم) ويطالبه البائع بمثل المبيع أو قيمته (قوله وعليه للبائع أجرة المثل) أى لما بقى بعد الإقالة من المدة ، وهذا قد يشكل على ماقدمه من أن البائع إذا رضى برد المبيع مؤجرا أخذه مسلوب المنفعة مع الفرق بينه وبين الفسخ بالتحالف بأن البائع قبل باختياره بخلاف التحالف فتأمل ، اللهم إلا أن يقال : لما كانت الإقالة مطلوبة فى الجملة كان البائع كالمجبر عليها لأمر الشارع بها فاستحق الأجرة ، بخلاف قبوله من المشترى إذا اطلع فيه على عيب فإن البائع مخير بين القبول والامتناع فقبوله للعين محض اختيار منه (قوله فيتعين الخ) أى أو الرضا به بلا طلب أرش القديم اهـ سم على حج (قوله لما مر) أى من لزوم المفاضلة (قوله ولأنه الخ) هذا التعليل

(قوله فكذا بعد تلف بعضه ببعض الثمن) سيأتى أن الأرش المأخوذ من المشترى جزء من القيمة لا من الثمن ، فانظر مامعنى هذا التعليل (قوله لما مر) انظر مامراده به وما الداعى إليه مع مابعده ، وليس هو فى عبارة التحفة المساوية لعبارة الشارح

لما نقص عنده لم يؤد لمفاضلة بين العوضين بخلاف إمساكه مع أرش القديم ومر مالو تعذر رده لتلفه ومتى زال القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذ أو بعد أخذه رده أو الحادث بعد أخذ أرش القديم أو القضاء به امتنع فسخه بخلاف مجرد التراضى لا يقال: تقدم أن أخذ أرش القديم بالتراضى ممتنع لأنا نقول: عند إمكان الرد يتخيل أن الأرش فى مقابلة سلطنة الرد وهى لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عما فات من وصف السلامة فى المبيع (وإلا) بأن لم يتفقا على شىء بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم (فالأصح إجابة من طلب) الإمساك والرجوع بأرش القديم بائعا كان أو مشتريا لما فيه من تقرير العقد. والثانى يجاب المشترى مطلقا لتلبيس البائع عليه. والثالث يجاب البائع مطلقا لأنه إما غارم أو آخذ مالم يرد العقد عليه بخلاف المشترى. نعم لو صبغ الثوب بما زاد فى قيمته ثم اطلع على عيبه فطلب المشترى أرش العيب وقال البائع بل أرده وأغرم لك قيمة الصبغ ولم يمكن فصل جميعه أجيب البائع ووجهه السبكى بأن المشترى هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئا، ولو ألزمناه الرد وأرش الحادث غرمناه لا فى مقابلة شىء. وبذلك علم رد قول الأسنوى إنه مشكل خارج عن القواعد فإن أمكن فصل جميعه فصله ورد الثوب كما اقتضاه تعليله وصرح به الخوارزمى وغيره، والمعنى يرده

قد يشعر بأن المراد بالنقص زوال بعض العين وهو غير مراد لأن الحكم لا يتقيد به، بل لو كان العيب نحو انصداع للحلى أو ابتلال للبر كان الحكم كذلك، فالأولى فى التعليل أن يقال: إنه لما فسخ العقد كان الأرش للعيب الحادث فى يده وليس ثم عقد بموجب الحرمة بسبب المفاوضه وعبارة حج: نعم الربوى المبيع بجنسه لو اطلع فيه على قديم بعد حدوث آخر يتعين فيه الفسخ مع أرش الحادث لأنه لما نقص عنده فلا يؤدى لمفاضلة بين العوضين الخ وهى أوضح (قوله لما نقص) اللام للتعليل فكان الأولى زيادة فاء فى لم يؤد (قوله ومر مالو تعذر رده) وهو أنه يفسخ العقد ويرد بدل التالف ويسترد الثمن (قوله أو بعد أخذه رده) أى وإن طالت المدة جدا اهـ سم على منهج. وظاهره وإن كان زواله بفعل المشترى كإزالته بنحو دواء ولا شىء له فى مقابلة الدواء (قوله بخلاف مجرد التراضى) أى يمنع الفسخ (قوله وهى لا تقابل) أى بعوض (قوله فالأصح إجابة من طلب الإمساك) ظاهره وإن كان الآخر متصرفا عن غيره بنحو ولاية وكانت المصلحة فى الرد اهـ فليراجع سم على حج. وينبغى أن يقال: إن كانت المصلحة فى الرد وطلب الولى الإمساك لم يجز لما مر أن الولى إنما ينصرف بالمصلحة وإن طلبه غير الولى كالبائع لولى الطفل، أجيب: لأن البائع لا تلزمه مراعاة مصلحة الطفل ووليه الآن غير متمكن من الرد (قوله مطلقا) سواء طلب الإمساك أو الرد (قوله وأخذ ما) أى شيئا (قوله لو صبغ الثوب) أى مشتر وينبغى أن مثل الصبغ غيره من كل ماتزيد به القيمة (قوله بل أرده) أى أقبله، وعبارة حج: بل رده وهى ظاهرة (قوله أجيب البائع) أى والقول قوله فى قدر قيمة الصبغ لأنه غارم وظاهره سواء كان الصبغ عيبا أم لا، وليس مرادا

(قوله لا يقال الخ) هو تابع فى إيراد هذا السؤال، والجواب لشرح الروض لكن لم يتقدم فى كلام الشارح ما أحال عليه، بخلاف شرح الروض فإنه تقدم فيه فى المتن أنه إذا ثبت الرد قهرا ليس له أن يصالح على تركه على مال بل يسقط رده بذلك إن علم المنع، ولما كان مشكلا على ماهنا من غرم البائع أرش القديم وعدم الرد ذكر إشكاله ثم أجاب عنه بما ذكر (قوله نعم لو صبغ الثوب) أى والصورة أنه ليس هناك عيب حادث وإن أوهمه الاستدراك بنعم فكان الأولى أن يبدله بقوله وفارق ماهنا مالو صبغ الثوب الخ. واعلم أن فى مسئلة الصبغ المذكور تفصيلا طويلا فى الروضة وغيرها

ثم يفصله نظير ما فى الصوف ، ولو كان غزلا فنسجه ثم رأى به عيبا قديما فله الأرش . فإن رضى البائع بعيبه ففيه قولان أصحهما كما قاله الرويانى أنه يخير البائع بين بذل أجرة النسج وأخذه وغرامة الأرش لأن النسج عمل مقابل بعوض ، وحيث أوجبنا أرش الحادث لا تنسبه إلى الثمن بل يرد مابين قيمة المبيع معيبا بالعيب القديم وقيمته معيبا به وبالحادث ، بخلاف أرش القديم فإنا ننسبه إلى الثمن كما مر (ويجب أن يعلم) المشترى البائع على الفور (بالحادث) مع القديم (ليختار) شيئا مما مر كما يجب الفور فى الرد حيث لا حادث . نعم يقبل دعواه الجهل بوجوب فورية ذلك لأنه لا يعرفه إلا الخواص كما قاله الأذرعى (فإن أخر إعلامه) بذلك (بلا عذر فلا رد) له به (ولا أرش) عنه لإشعار تأخيره برضاه به . نعم لو كان الحادث قريب الزوال غالبا كرمد وحمى عذر فى انتظاره ليرده سالما على أوجه القولين وبه جزم فى الأنوار ، والأقرب ضبط القريب بثلاثة أيام فأقل ، وأن الحادث لو كان هو الزواج فعلق الزوج طلاقها على مضى نحو ثلاثة أيام فانتظره المشترى ليردها خلية لم يبطل رده ، ولو حدث المبيع عيب مثل القديم كبياض قديم وحادث فى عينه ثم زال أحدهما وأشكل الحال واختلف فيه العاقدان فقال البائع الزائل القديم فلا رد ولا أرش وقال المشترى بل الحادث فلى الرد حلف كل منهما على ما ادعاه وسقط الرد بحلف البائع ووجب للمشترى بحلفه الأرش وإنما وجب له مع أنه إنما يدعى الرد لتعذر الرد ومثله مالو نكلا فإن اختلفا فى قدره وجب الأقل لأنه المتيقن ومن نكل عن الحلف منهما قضى عليه كما فى نظائره (ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به

بل المراد الأول لأنه هو الذى يتأتى عليه التنازع وطلب الأرش (قوله نظير ما فى الصوف) أى حيث يرد الحيوان ثم يجزه (قوله فله الأرش) أى للمشترى (قوله فإن رضى البائع بعيبه) وهو النسج ، والمراد رضى بأخذه منسوجا هذا هو الظاهر ، لكن لا يناسبه قوله يخير البائع (قوله فإنا ننسبه إلى الثمن) أى لبقاء العقد المضمون بالثمن وأما الحادث فهو بعد فسخ العقد فهو بدل الفائت من المبيع المضمون عليه باليد (قوله لا يعرفه إلا الخواص) أى فلو عرف الفورية ثم نسيها فينبغى سقوط الرد لندرة نسيان مثل هذه ولتقصيره بنسيان الحكم بعد ماعرفه (قوله والأقرب ضبط القريب بثلاثة أيام) وتقدم أنه لو قال البائع أزيل لك العيب اغتفرت المدة التى لا تقابل بأجرة فلينظر الفرق بينهما ، ولعله أن الملك فى المبيع ثم للمشترى واشتغال البائع بإزالة العيب يفوت منفعته على المشترى فاعتبر فى مدة إزالته أن لا تقابل بأجرة ، بخلاف ماهنا فإن الملك فيه للمشترى فلا يفوت فيها على البائع شىء واغتفرت مع قصرها لعدم الإشعار ببقاء المشترى على المبيع ، لكن هذا إنما يقتضى عدم إجبار المشترى على موافقة البائع ، وأما أنه يقتضى إسقاط الرد القهرى ففيه نظر ، ومن ثم قالوا : لو أجره المشترى ثم اطلع فيه على عيب عذر فى التأخير إلى انقضاء مدة الإجارة وإن طالت حيث لم يحدث بالمبيع عيب فقياسه هنا كذلك (قوله على مضى نحو ثلاثة أيام) مفهومه أنه لو زادت المدة على ذلك كأن علق طلاقها بسنة مثلا لم يكن له الرد ويجب الأرش حالا ، وقد يرد عليه ماتقدم فى الإجارة من أنه إذا لم يرض البائع بالعين المسلوبة المنفعة صبر المشترى إلى انقضاء الإجارة ولا يأخذ أرشا لعدم يأسه من الرد . اللهم إلا أن يقال : إن التزويج لما كان يراد به الدوام وكان الطلاق على الوجه المذكور نادرا لم يعول عليه (قوله وإنما وجب) أى الأرش (قوله لأنه المتيقن) أى أرش الأقل الخ (قوله قضى عليه) أى بيمين صاحبه كما هو ظاهر (قوله لا يعرف القديم إلا به) لو ظهر تغير لحم الحيوان بعد ذبحه ، فإن أمكن معرفة تغيره بدون ذبحه كما فى الجلالة امتنع الرد بعد ذبحه ، وإن تعين ذبحه طريقا لمعرفة تغيره فله الرد . هذا حاصل

(قوله نظير ما فى الصوف) أى الحادث عنده (قوله فإن رضى البائع بعيبه) يعنى فإن رضى به منسوجا (قوله له به) أى القديم .

ككسر بيض) لنحو نعام لأن قشره متقوّم (و) كسر (رانج) بكسر النون وهو الجوز الهندي حيث لم تتأتّ معرفة عيبه إلا بكسره فزعم تعين عدم عطفه على ماقبله وذكر ثقب قبله غير صحيح لأن غاية الأمر أنه يمكن معرفة عيبه بالكسر وتارة بالثقب أخرى فيحمل على الأول (وتقوير بطيخ) بكسر الباء أشهر من فتحها (مدوّد) بعضه بكسر الواو وكل ما مأكوله فى جوفه كالرمان والجوز (رد) ماذكر بالعيب القديم (ولا أرش عليه فى الأظهر) لتسليط البائع له على كسره لتوقف علم بيعه عليه . والثانى يردّ وعليه الأرش رعاية للجانبين ، وهو مابين قيمته صحيحا معيبا ومكسورا معيبا ولا نظر إلى الثمن . والثالث لايردّ أصلا كما فى سائر العيوب الحادثة فيرجع المشترى بأرش القديم أو يغرم أرش الحادث إلى آخر ماتقدم . أما بيض نحو دجاج مذر ونحو بطيخ مدوّد جميعه فإنه يوجب فساد البيع لو رده على غير متقوّم فيرجع المشترى بجميع الثمن ويلزم البائع تنظيف المحل من قشوره لاختصاصها به . وبحث الزركشى أن محله إذا لم ينقلها المشترى وإلا لزمه نقلها منه (فإن أمكن معرفة القديم بأقل مما أحدثه) المشترى كتقوير كبير يستغنى عنه بدونه وكشق رمان مشروط حلاوته لاستغنائه عنه بالغرز فيه لمعرفة حموضته به سواء أعذر وذلك بقيام قرينة تحمله على مجاوز الأقل أم لا كما اقتضاه إطلاقهم لتقصيره فى الجملة وعناء الإطلاق لاتكون الحموضة عيبا لأنها مقصودة فيه (فكسائر العيوب الحادثة) فيمتنع ردّه به لعدم الحاجة إليه ، والتدويد لايعرف غالبا إلا بكسره وقد يعرف بالشق ، ولو اشترى نحو بيض أو بطيخ كثير فكسر واحدة ثم وجدها معيبة لم يتجاوزها لثبوت مقتضى ردّ الكل بذلك لما يأتى من امتناع ردّ البعض فقط ، فإن كسر الثانية

ما أفتى به شيخنا الشهاب الرملى اه سم على حج . أقول : قول الشهاب فله الرد أى ولا أرش عليه فى مقابلة الذبح كما هو ظاهر لأن الفرض أن تغير اللحم لايعرف إلا بالذبح (قوله رانج) بكسر النون وبفتحها اه عميرة (قوله وذكر ثقب قبله) أى قبل قول رانج (قوله معرفة عيبه) أى الرانج (قوله بطيخ) بكسر الباء ويقال فيه أيضا الطبيخ اه عميرة (قوله بكسر الواو) من دود الطعام ففعله لازم ، يقال داد الطعام يداد دودا بوزن خاف يخاف خوفا وأداد ودوّد تدويدا كله بمعنى اه مختار . والوصف مختلف فمن داد دائد ومن أداد مديد ومن دود مدود (قوله أما بيض نحو دجاج) محترز قوله لنحو نعام (قوله وإلا لزمه) أى المشترى نقلها منه : أى إلى محل العقد اه حج . وقضية مامر للشارح أن محل القبض لوكان غير محل العقد كان هو المعتبر (قوله فإن أمكن) أى بالنظر للواقع لالظنه كما يصرح به كلامهم اه حج . فلو اختلفا فى أن ماذكر لايمكن معرفة القديم بدونه رجع فيه لأهل الخبرة ، فلو فقدوا واختلفوا صدّق المشترى لتحقق العيب القديم والشك فى مسقط الرد (قوله أم لا) أى أم لم يعذر (قوله مقصودة فيه) أى الرمان (قوله فيمتنع ردّه) وإذا امتنع الرد رجع بأرش القديم اه سم على حج (قوله فكسر واحدة) أى ولا فرق بين كونها كبيرة أو صغيرة .

[مسئلة] سأل أبو ثور الشافعى عمن اشترى بيضة من رجل وبيضة من آخر ووضعهما فى كمه فكسرت إحداهما فخرجت مذرة فعلى من يردّ المذرة ؟ فقال الشافعى : أتركه حتى يدّعى ، قال : يقول لا أدرى ، قال : أقول له انصرف حتى تدرى فإنا مفتون لا معلمون اه . ولا يجتهد لأن فيه إلزام الغير بالاجتهاد ، وذلك غير جائز فى الأموال ، ومثله مالو قبض من شخصين دراهم فخلطها فوجد فيها نحاسا . قال الزركشى : ويحتمل أن يجتهد هنا إن كان ثم أمارة اه كذا بهامش . أقول : فى المسئلة الأولى يهجم ويرد المذكورة على واحد من البائعين ، فإن قبلها فذاك وإلا حلفه أنها ليست مبيعة منه ، فإن حلف فله عرضها على الآخر ، فإن حلف الآخر استمرّ التوقف ، وإن قبلها أحدهما قضى عليه بالثمن ، وللمشترى أن يحلف إذا نكل أحدهما إن ظهر له بقرينة يغلب على الظن أنه

فلا ردّ له مطلقا فيما يظهر لوقوفه على العيب المقتضى للردّ بالأوّل فكان الثانى عيبا حادثا ، ولو بان عيب الدابة وقد أنعلها وكان نزع النعل يعيبها فنزعه بطل حقه من الردّ والأرش لقطعه الخيار بتعيبه بالاختيار وإن سلمها بنعلها أجبر على قبول النعل ، إذ لا منة عليه فيه ولا ضمان ، وليس للمشترى طلب قيمتها فإنها حقيرة فى معرض ردّ الدابة ، فلو سقطت استردها المشترى لأن تركها إعراض لا تمليك وإن لم يعبها نزعها لم يجبر البائع على قبولها له ، بخلاف الصوف يجبر على قبوله كما قاله القاضى لأن زيادته تشبه زيادة الثمن بخلاف النعل فينزعها ، ولا ينافى ماذكرناه مامرّ أن الإنعال فى مدة طلب الخصم أو الحاكم ضارّ لأن ذاك اشتغال يشبه الحمل على الدابة ، وهنا تفريغ ، وقد ذكر القاضى أن اشتغاله بجزّ الصوف مانع له من الرد بل يرده ثم يجزّ ، لكن الفرق بين نزع النعل وجز الصوف واضح .

[فرع] إذا (اشترى) من واحد (عبدين) أى عينين من كل شيئين لم تتصل منفعة إحداهما بالأخرى (معيبين صفقة) واحدة جاهلا بالحال (ردهما) إن أراد لا أحدهما قهرا لتفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة ،

البائع ويطلب الناكل بالثمن ، أما لو كانتا مبيعتين من واحد فإن كانتا بثمن واحد تبين بطلانه فى المذرة ويسقط من الثمن مايقابله ، وإن كانت كل واحدة بثمن فالقول قول البائع فى مقدار ثمن التالفة لأنه غارم . وأما المسئلة الثانية فالظاهر فيها ماقاله الزركشى ، لكن لو اجتهد وأداه اجتهاده إلى أن النحاس من زيد فأنكر أن النحاس منه فليس له عرضه على الآخر لأنه باجتهاده صار يظن أن الآخر لاحق له فيه فيبقى فى يده إلى أن يرجع صاحبه ويعترف به ، وله أن يتصرف فيه من باب الظفر ويحصل بثمنه بعض حقه .

[فرع] لو اشترى بطيخة فوجد لبها أنبت نظر ، فإن كان ذلك عقب قطعه من شجره كان عيبا له الرد به ، وإن كان بعد خزينه مدة يغلب إنباته فيها لم يكن عيبا فلا رد به (قوله فلا رد له) أى ولو بإذن البائع (قوله مطلقا) أى أمكن معرفة عيبها بدون الكسر أولا (قوله وليس للمشترى) أى يحرم عليه ذلك على وجه الإلزام (قوله يجبر على قبوله) قضيته أن البائع يملكه ، وأنه لافرق بين كون المبيع تنقص قيمته بجزّ الصوف أولا ، وأنه لافرق بين أن تتضرر الشاة بجزّه ككون الزمن شتاء مثلا أو لا ، ويوجه ذلك بما ذكره بقوله لأن زيادته تشبه الثمن ، ووجه الشبه أن كلا من أجزاء الحيوان فأجبر على قبوله تبعا له ولم ينظر للمنة فى المسامحة لأنه فى مقام رد العيب والتخلص منه ، لكن يشكل على هذا ماتقدم من أن المشترى يرد الشاة ثم يفصل صوفها تحت يد البائع إلا أن يحمل ماتقدم على أن نزع الصوف لايضرّ بالشاة فكن المشترى من أخذه بخلاف ماهنا (قوله ثم يجز) بابه رد اهـ مختار (قوله واضح) ولعله قصر الزمن ، ثم رأيته فى شرح الروض فرع اشترى عبدين الخ (قوله لم تتصل الخ) أى لم تتوقف منفعة إحداهما الكاملة على الأخرى عادة (قوله إحداهما) أى العينين اللتين فسر بهما المراد بالعبدين (قوله ردهما) أى جاز له الرد إن الخ ، فلو اطلع على عيب أحدهما فرضى به ثم اطلع على عيب الآخر ردهما إن شاء ، وكذا لو اشترى عبدا واحدا واطلع فيه على عيب ورضى به ثم اطلع فيه على آخر جاز له الرد ، ولا يمنع من ذلك رضاه بالأوّل . ويدل لذلك قول الشيخ عميرة فى أوّل التصرية : ولو رضى بالتصرية ولكن ردها بعيب آخر بعد الحلب رد الصاع أيضا اهـ . وكذا قول الروض متى رضى : أى المشترى بالمصراة ثم وجد بها عيبا : أى قديما ردها وبدل

[فرع] (قوله أى عينين) عبارة الشهاب حج عقب قوله عبدين أو نحوهما من كل شيئين الخ (قوله لم تتصل منفعة إحداهما بالأخرى) إنما قيد به لأنه محل الخلاف وسيأتى مفهومه

ويجرى فى رد أحدهما الخلاف المذكور فى قوله (ولو ظهر عيب أحدهما) دون الآخر (ردهما) إن أراد (لا المعيب وحده) فلا يرده قهرا عليه (فى الأظهر) لذلك ، وشمل كلامه مالو كان المبيع مثليا لاينقص بالتبعيض كالحبوب وهو أرجح وجهين أطلقاهما بلا ترجيح ، وإن نقل عن نص الأم والبويطى الجواز ، واعتمده بعض المتأخرين ، ويمكن حمله على مالو وقع ذلك بالرضا وهو أولى من تضعيفه وإن كان بعيدا ، وما لو زال ملكه عن بعضه ببيع أو هبة ولو للبائع فلا رد له وهو ماجزم به المتولى فى مسئلة البيع ، ويقاس به ما فى معناه وصححه البغوى وجزم به السبكى فى شرح المهذب فى موضع ثم نقله عنهما وعلله بأنه وقت الرد لم يرد كما تملك ، وأفتى به الشيخ وهو المعتمد وإن قال القاضى إن له الرد على المذهب إذ ليس فيه تبعيض على البائع ، واقتصر الأسنوى على نقله عنه وكذا السبكى فى شرح الكتاب ، وفى شرح المهذب فى موضع آخر وهو مبنى كما قاله على أن المانع الضرر فيرد أو اتحاد الصفقة فلا والثانى أصح ، ويلحق بالبائع فيما تقرر وارثه ونحوه ، وقول الشارح ولو تلف السليم أو بيع قبل ظهور العيب فرد المعيب أولى بالجواز لتعذر ردهما : أى مع أن الأصح عدم الرد فقد صرح الرافعى بأن أولى بكذا لايلزم منه مخالفة ماقابله فى الحكم ، ومقابل الأظهر له رده وأخذ قسطه من الثمن لاختصاصه بالعيب ، ومحل الخلاف فيما لاتتصل منفعة أحدهما بالآخر كما مر ، أما ماتتصل كذلك كمصراعى باب وزوجى خف فلا يرد المعيب منهما وحده قهرا قطعا . قال الزركشى : لو مات من يستحق عليه الرد وخلف ابنين أحدهما المشترى

اللبن معها اهـ سم على حج (قوله ويجرى فى رد الخ) إنما قال ذلك كالمحلى ولم يقل وفيه الخلاف الآتى الخ لجواز أن الشافعى إنما ذكر القولين بالأصالة فيما لو ظهر عيب أحدهما وأن إجراء القولين فى هذه بطردهم الخلاف فيها (قوله واعتمده بعض المتأخرين) مراده حج .

[فرع] حيث جوزنا : يعنى على الضعيف رد البعض استرجع قسطه من الثمن قطعا ، وطريق التوزيع تقدير العبدين سليمين وتقويمهما ويقسط المسمى على القيمتين ، ولو وزعنا الثمن عليهما مع عيبهما لأدى إلى خطأ وفساد دل عليه الامتحان ، والصواب تقدير السلامة وهى فائدة عظيمة نافعة فى مسائل ذكرت فيها الغنية اهـ قوت (قوله وهو أولى من تضعيفه) وعليه فلا فرق بين كونه مثليا أو لا لما ذكر من الرضا (قوله وإن كان بعيدا) وجه بعده أنه حيث كان بالرضا لايختص الحكم بالحبوب ولا بغيرها ، وعلله حج بأنه مع الرضا لا خلاف فيه ، والكلام فيما فيه خلاف اهـ . وكتب عليه سم قوله والكلام فيما فيه الخ فيه نظر ظاهر ، لأن كون الكلام فيما فيه خلاف للأصحاب لاينافى تأويل النص المخالف لأحد شقيه بحيث تنتفى المخالفة انتهى . أقول : وقد يقال ذكر الخلاف يدل على أن هذا النص قابل لإجراء الخلاف بحيث يكون الخلاف المستنبط منه ، ومما يقابله من كلام الإمام موافقا لقواعده وحيث حمل على أنه بالتراضى دل على منافاته للخلاف بكل طريق فينافى اتفاق الأصحاب على قبوله للتخريج (قوله وما لو) أى وشمل مالو الخ (قوله وإن قال القاضى) أى فيما لو زال ملكه عن أحدهما للبائع ومشى عليه حج (قوله على نقله) أى الرد عنه أى القاضى (قوله ويلحق بالبائع أى فى عدم رد أحدهما وإمساك الآخر (قوله أى مع أن الأصح) خبر لقوله وقول الشارح (قوله لايلزم منه مخالفة الخ) أى لجواز أن أولويته بالنظر

(قوله وهو ماجزم به المتولى الخ) يعنى فى الغاية بقرينة مايأتى (قوله مع أن الأصح عدم الرد الخ) كأنه فهم أن ماذكره الجلال مفرع على الراجح وليس كذلك بل هو إنما فرعه على مقابل الأظهر القائل بجواز الرد فى صورة المتن كما هو صريح سياقه (قوله لايلزم منه مخالفة ماقبله الخ) انظر ما مقصود هذا الكلام مع أن أولى بكذا يلزم منه عدم المخالفة إذ معناه

هل له أن يردّ على أخيه نصيبه ؟ الظاهر نعم اه . والأوجه خلافه بتبعيض الصفقة ولو فسخ المشترى فى بعض العين المبيعة فهل ينفسخ فى الجميع كما فى خيار المجلس ؟ فيه نظر ، وقد ذكر الرافعى فى باب تفريق الصفقة أنه لو اشترى عبدين فخرج أحدهما معيبا ليس له إفراده بالرد فى الأظهر ، ولو قال رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما ؟ وجهان أصحهما لا بل هو لغو ؟ ويؤخذ منه ترجيح عدم الانفساخ فيما قبلها (ولو) تعددت بتعدد البائع كأن (اشترى عبد رجلين) منهما لا من وكيلهما (فبان معيبا) أو بتفصيل الثمن كأن اشترى عبدين كل واحد بمائة (فله) فى الأولى (رد نصيب أحدهما) وله فى الثانية رد أحدهما أو بتعدد المشترى كما قال(ولو اشترياه) أى اثنان عبد واحد كما فى المحرر لأنفسهما أو موكلهما (فلأحدهما الرد) لنصيبه (فى الأظهر) لتعددها حينئذ بتعدد المشترى لنفسه أو لغيره كما مرّ أومن اثنين ، ولا يصح حمل كلامه عليه بجعل الضمير عائدا على قوله عبد رجلين لأن هذه لا خلاف فيها للتعدد بتعدد البائع قطعا فله رد الربع ، ولو اشتراه واحد من وكيل اثنين أو من وكيلى واحد

للدليل أو مقابل الراجح (قوله والأوجه خلافه) وله الأرش فى مقابلة النصف الذى خص أخاه ويسقطه عنه مايقابل النصف الذى يخصه لأن الإنسان لايجب له على نفسه شىء ومحله إذا لم يكن دين ، وإلا تعلق جملة الأرش بالتركة فيزاحم الديون (قوله ولو فسخ المشترى) أى أو بعض الورثة بعد اطلاعه على العيب (قوله فيه نظر) والمعتمد عدم الانفساخ كما يأتى وهذا اللفظ منه لغو ، وفى سقوط الرد القهرى به ماسنذكره قريبا (قوله ولو قال الخ) هو من تتمة كلام الرافعى (قوله فهل يكون ذلك ردا لهما) أى كما فى خيار الشرط ، وعليه فالفرق بين هذا وخيار الشرط أن هذا ورد على العقد بعد لزومه واعتبر فيه أن لاينسب إلى تقصير فى عدم الرد فكان أقوى ، بخلاف خيار المجلس والشرط فإن كلا منهما يمنع من الملك أو لزومه ، ولا يتوقف على سبب بل هو راجع لمجرد الشهوة حتى لو كان المبيع أكثر قيمة مما اشتراه به وأنفس بما ظنه كان له الرد فضعف الملك معه فتأثر بما لم يتأثر به هنا (قوله بل هو لغو) ثم إن كان اشتغاله بذلك لايعد به مقصرا كقوله إياه ليلا أو غير عالم بأن ذلك يسقط الرد وهو ممن يخفى عليه ذلك مثلا لايسقط رده وإلا سقط (قوله فيما قبلها) هى قوله ولو فسخ المشترى فى بعض العين المبيعة (قوله وله فى الثانية) هى قوله أو بتفصيل الثمن الخ (قوله فله) أى أحد المشتريين رد الربع ، وظاهر أن له أن

المشاركة فى الحكم مع زيادة (قوله هل له أن يرد على أخيه نصيبه) انظر ماصورته مع أن مايفسخ فيه يعود تركة فيكون بينه وبين أخيه ويرجع بما يقابله من الثمن من أصل التركة (قوله والأوجه خلافه) وظاهر أنه لا أرش حينئذ لعدم اليأس من الرد لأن له رد الجميع ولعدم حدوث عيب يمنع الرد، فما فى حاشية الشيخ من لزوم حصة أخيه من الأرش لم يظهر وجهه.(قوله وقد ذكر الرافعى فى باب تفريق الصفقة أنه لو اشترى عبدين الخ) هذا هو مسئلة المتن وإنما ساقه توطئة لما بعده (قوله ولو قال رددت المعيب الخ) هذا من جملة ماذكره الرافعى (قوله كما قال) هو جواب الشرط المقدر : أى ولو تعددت بتعدد المشترى فهو كما قال وإنما حذف الفاء من الجواب الواقع جملة إسمية جريا على طريقة بعض النحويين ، ويجوز أن يجعل الجواب قول المصنف فلأحدهما الرد والمعنى ولو تعددت بتعدد المشترى كالذى ذكره بقوله ولو اشترياه فلأحدهما الرد (قوله أو من اثنين) هو تابع فى هذا التعبير للشهاب حج ، لكن ذاك قال عقب قول المصنف اشترياه مانصه : من واحد ثم عطف عليه قوله أو من اثنين بخلاف الشارح

ففيه الخلاف السابق فى تفريق الصفقة أن العبرة بالوكيل أو الموكل ، ولو اشترى ثلاثة من ثلاثة فكل مشتر من كل تسعة ، وضابط ذلك أن تضرب عدد البائعين فى عدد المشترين عند التعدد من الجانبين أو أحدهما عند الانفراد فى الجانب الآخر فما حصل فهو عدد العقود (ولو اختلفا فى قدم العيب) وحدوثه واحتمل صدق كل (صدق البائع) لأن الأصل لزوم العقد (بيمينه) لاحتمال صدق المشترى ، ويؤخذ من التعليل المذكور تصديق البائع أيضا فى قدم العيب فيما لو باع بشرط البراءة من العيوب وادعى المشترى حدوثه قبل القبض ليردّ به وهو كذلك ، ولو قطع بما ادعاه أحدهما كشجة مندملة والبيع أمس فالمصدق للمشترى بلا يمين ، وكجرح طرأ والبيع والقبض من سنة فالمصدق البائع بلا يمين ، ولو ادعى المشترى وجود عيبين فى يد البائع فاعترف بأحدهما وادّعى حدوث الآخر فى يد المشترى كان القول قول المشترى بيمينه لأن الردّ ثبت بإقرار البائع بأحدهما فلا يبطل بالشك . قاله ابن القطان وغيره ، ونقله ابن الأستاذ فى شرح الوسيط عن النص وهو المعتمد خلافا لابن العماد ، ولا يرد على المصنف لأن الرد إنما نشأ مما اتفقا عليه وكلامه فيما اختلفا فيه كما ترى ، قال الوالد رحمه الله تعالى : وما قاله ابن القطان حسن وإن لزم من ثبوت الرد فسخ العقد لأن المقتضى للرد وهو العيب القديم متفق عليه ، والبائع يدعى حدوث مانع للرد بعد وجود مقتضيه والمشترى ينكره والأصل عدمه ، وقد أخذ مما تقرر قاعدة وهى أنه حيث

يردّ كل الربع اهـ سم على حج . أقول : أى لا أن لأحد المشتريين رد الربع على البائعين معا (قوله أن العبرة بالوكيل) وهو الراجح فله رد نصيب أحدهما فى الأولى دون الثانية (قوله أو الموكل) مرجوح (قوله واحتمل صدق كل) قيد لقوله بيمينه مقدم عليه (قوله ويؤخذ من التعليل المذكور) أى فى قوله لأن الأصل لزوم الخ (قوله وكلامه فيما اختلفا فيه) زاد حج : فإن قلت هما قد اختلفا فى الثانى وصدق المشترى فى قدمه حتى لا يمتنع رده . قلت : تصديقه ليس إلا لقوّة جانبه لتصديق البائع له على موجب الرد فلم تقبل إرادته رفعه عنه بدعوى حدوث الثانى فالحامل على تصديقه سبق إقرار البائع لا غير فلم يصدق أن المشترى صدق فى القدم على الإطلاق ، وكتب عليه سم : قوله فإن قلت هما الخ ، قد يقال يكفى فى الإيراد أنه هنا لم يصدق البائع ، وإلا امتنع الرد لثبوت حدوث أحد العيبين فلم يصدق قول المصنف صدق البائع ، وهذا على هذا الوجه لا يندفع بجوابه المذكور اهـ . وهو وارد على ماذكره مر أيضا ، وقد يقال : مراد المجيب أن قول المتن صدق البائع روعى فيه قيد الحيثية : يعنى صدق البائع من حيث مجرد دعوى حدوث العيب ، بخلاف مالو نظر إلى أمر آخر كقوّة جانب المشترى باتفاقهما على قدم أحد العيبين فلم يصدق أن البائع لم يصدق مع كونه مدعيا لمجرد الحدوث بل إنما امتنع تصديقه لدعواه الحدوث مصاحبا للاعتراف بقدم أحد العيبين .

[مسئلة] فى فتاوى الجلال السيوطى : رجل باع حمارا ثم طلب من المشترى الإقالة بشرط أن تبيعه لى بعد ذلك بكذا فقال نعم ، فلما أقاله امتنع من البيع فهل تصح هذه الإقالة ؟ الجواب إن كان هذا الشرط لم يدخلاه فى صلب الإقالة بل تواطآ عليه قبلها ثم حصلت الإقالة فالإقالة صحيحة والشرط لاغ ولا يلزمه البيع له ثانيا ، وإن ذكر الشرط فى صلب الإقالة فسدت الإقالة اهـ . وظاهره فسادها وإن قلنا إنها فسخ اهـ سم على حج . وفرضه

(قوله ويؤخذ من التعليل المذكور) أى قوله لأن الأصل لزوم العقد (قوله وادعى المشترى حدوثه قبل القبض ليرد به) أى لأنه إنما يبرأ من عيب باطن موجود عند العقد كما مرّ ، فالصورة هنا أن العيب باطن بالحيوان

كان العيب يثبت الرد فالمصدق البائع وحيث كان يبطله فالمصدق المشترى ، ولو نكل المشترى عن اليمين لم ترد على البائع لأنها إنما ترد إذا كانت تثبت للمردود عليه حقا ولا حق له هنا ، وحينئذ فالأوجه أخذا مما مرّ أنه يأتى هنا ماسبق فى قوله ثم إن رضى البائع إلى آخره ، ولو اختلفا بعد التقايل فقال البائع فى عيب يحتمل حدوثه وقدمه على الإقالة كان عند المشترى وقال المشترى كان عندك قال الجلال البلقينى أفتيت فيها بأن القول قول المشترى مع يمينه لأن الأصل براءة الذمة من غرم أرش العيب ، ولو اشترى ماسبقت رؤيته به وأراه عيبه ثم أتاه به فقال زاد العيب وأنكر البائع صدق المشترى بيمينه كما ذكره ابن الرفعة والسبكى لأن البائع يدعى عليه علمه به وهو خلاف الأصل ، ولا ترد هذه أيضا خلافا لمن زعمه أيضا لأنهما لم يختلفا فى القدم بل فى الزيادة المستلزمة له وإنما ذكر الاختلاف فى القدم نصا ، ثم تصديق البائع على عدم القدم إنما هو لمنع رد المشترى لا لتغريمه أرشه لو عاد للبائع بفسخ وطلبه زاعما أن حدوثه بيده ثبت بيمينه لأن يمينه إنما صلحت للدفع عنه فلا تصلح لإثبات شىء له نظير ما يأتى فى التحالف فى الجراح فللمشترى إلا أن يحلف أنه ليس بحادث ، ولو باعه عصيرا وسلمه له فوجد فى يد المشترى خمرا فقال البائع صار خمرا عندك وقال المشترى بل كان خمرا عندك وأمكن كل من الأمرين فالمصدق البائع بيمينه لموافقته

الكلام فى الحمار لكونه المسئول عنه وإلا فالحكم لايختص به بل مثله غيره (قوله كأن العيب يثبت الرد) كما لو اختلفا فى عيب واحد (قوله وحيث كان يبطله) كهذا المثال وهو مالو ادعى المشترى وجود عيبين الخ (قوله ولو نكل المشترى) أى فيما لو ادعى قدم العيبين فاعترف البائع بقدم أحدهما كما يؤخذ مما صرح به فى شرح الروض (قوله عن اليمين) زاد حج : سقط رده ولم الخ ، وسقوط الردّ ظاهر إن علم أن نكوله يسقطه وإلا فينبغى عدم السقوط (قوله عن اليمين) سقط ردّه ولم تردّ الخ اهـ حج (قوله ماسبق فى قوله) أى المتن (قوله كان عند المشترى) أى فهو حادث وعليه ضمانه (قوله كان عندك) أى فهو قديم والردّ فى محله ولا شىء لك علىّ (قوله قول المشترى مع يمينه) أى فلو نكل عن اليمين ردت عن البائع فيحلف ويأخذ الأرش (قوله ولو اشترى ماسبقت رؤيته) أى بأن رآه أولا ثم اشتراه اعتمادا على الرؤية السابقة ثم أتاه به الخ (قوله المستلزمة له) أى القدم وهو أى المصنف (قوله ثم تصديق)مرتب على قول المصنف ولو اختلفا الخ (قوله لا لتغريمه) أى المشترى (قوله لو عاد للبائع بفسخ) أى كما لو تحالفا على صفة العقد أو تقايلا (قوله ثبت) خبر إن وقوله لأن يمينه علة لقوله لا لتغريمه (قوله نظير ما يأتى فى التحالف) بالخاء المعجمة (قوله إلا أن يحلف) فلو نكل عن اليمين هل يحلف البائع أم لا ويكتفى باليمين السابقة ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن يمينه الأولى لدفع الرد وهذه لطلب الأرش ،

(قوله وحيث كان يبطله) أى بعد ثبوته كما فى المسئلة المتقدمة(قوله ولو نكل المشترى) يعنى فى المسئلة التى قبل مسئلة التقايل فكان الأولى ذكره عقبها كما صنع حج(قوله وقال المشترى كان عندك) صادق بما قبل الإقالة وبما بعدها (قوله ثم أتاه به) أى ثم أتى البائع للمشترى بالمبيع (قوله خلافا لمن زعمه أيضا) أى كما زعم غيره ورود مسئلة ابن القسان المتقدمة وإن لم ينبه هو على ذلك فيها ، وهو تابع فى هذا التعبير للشهاب حج ، لكن ذاك قدم فى كلامه أن هناك من زعم ورود تلك أيضا (قوله نصا) هو من تعلقات قوله الاختلاف لا من تعلقات قوله ذكر : أى أن المصنف إنما ذكر مسئلة ما إذا اختلفا فى القدم بالنص بأن نص أحدهما فى دعواه على أنه قديم والآخر على خلافه (قوله لأن يمينه إنما صلحت للدفع فلا تصح لاثبات شىء له) قضيته أنها لاتثبت له الأرش وإن لم يحلف المشترى أنه ليس بحادث فانظره مع قوله فللمشترى الآن أن يحلف أنه ليس بحادث

للأصل من استمرار العقد ، وإذا حلفنا البائع نحلفه (على حسب) بفتح السين أى مثل (جوابه) لفظا ومعنى ، فإن أجاب بلا يلزمنى قبوله أو بلا رد له على به حلف كذلك ، ولا يكلف التعرض لحدوثه لاحتمال علم المشترى به عند القبض أو رضاه بعده . ولو ذكره كلف البينة أو مابعته أو ما أقبضته إلا سليما حلف كذلك ولا يكفيه لايستحق على الرد ولا يلزمنى قبوله اعدم مطابقته لجوابه . وقضية كلامهم أنه او أجاب بلا يلزمنى قبوله ثم أراد الحلف على أنه ما أقبضه إلا سليما لايمكن وليس كذلك . ولا يكفيه الحلف على نفى العلم . ويجوز له الحلف على البت إذا اختبر خفايا أمر المبيع . وكذا إن لم يختبرها اعتمادا على ظاهر السلامة حيث لم يظن خلافها . ولم يثبت العيب إلا بشهادة عدلى شهادة كما جزم به القاضى وغيره وتبعهم ابن المقرى فى روضه . ويؤيده ما ذكره الأصحاب أن عيب النكاح لايثبت إلا بشهادة عدلين اه . فإن فقدا صدق البائع بيمينه ويصدق المشترى بيمينه فى عدم تقصيره فى الرد وفى جهله بالعيب إن أمكن خفاء مثله عليه عند الرؤية كما قاله الدارمى . فإن كان لايخفى كقطع أنفه أو يده صدق البائع ، وفى أنه ظن أن ما رآه ليس بعيب وكان ممن يخفى عليه مثله وفى أنه إنما رضى بعيبه لأنه ظن العيب الفلانى فبان خلافه وأمكن اشتباه مثله عليه وكان العيب الذى بان أشد ضررا مما ظنه فيثبت له الرد فى الجميع

فالمقصود من كل منهما غير المقصود من الأخرى (قوله من استمرار العقد) ومثله مالو اشترى مائعا ووجد فيه نحو فأرة فقال البائع حدث به فى يد المشترى وقال المشترى بل كان فيه عند البيع فالمصدق البائع . ثم رأيت مايصرح به فى كلام حج بعد قول المصنف فى القبض فإن تلف المبيع انفسخ البيع الخ ، وفيه ثم بعد ماذكر مانصه : لايقال يلزم من تصديقه بطلان البيع أيضا لتنجسه بها قبل القبض أو معه . لأنا نقول : المائع إذا حصل فى فضاء الظرف ثبت له حكم القبض جزءا جزءا قبل ملاقاته لها ذكرها الإمام اه . وظاهر أن ماقاله حج إذا كان الظرف فى يد المشترى . فإن كان بيد البائع كأن أخذه من المشترى ليأتى له بالمبيع فيه لم يتأت ماذكره من حصول القبض ومع ذلك المصدق البائع لأنهما إذا اختلفا فى الصحة والفساد صدق مدعى الصحة . ويحمل على أن الفأرة وقعت فيه بعد قبض المشترى للظرف لما فيه . وقد يتوقف فى ذلك إذا كان الزمن قريبا يبعد حصول مثلها فيه (قوله أى مثل جوابه) بيان للمراد من الحسب بالفتح وفى المختار ليكن عملك بحسب ذلك بالفتح أى على قدره وعدده اه . وهو فى الأصل مايعده من المآثر مصدر حسب ككرم كرما وشرف شرفا اه . مصباح (قوله ولو ذكره) أى علمه أو رضاه (قوله وليس كذلك) أى لأنه غلظ على نفسه (قوله ولا يكفيه الحلف على نفى العلم) أى بأن يقول ماعلمت به هذا العيب عندى وهل يكون اشتغاله بذلك مسقطا للرد أم لا : فيه نظر ؟ والأقرب أن يقال : إن كان جاهلا بذلك لايكون مسقطا للرد فله تعيين جواب صحيح ويحلف عليه ؛ وإن كان عالما سقط رده (قوله كما جزم به القاضى الخ) أفهم أنه لايثبت برجل وامرأتين ولا بشاهد ويمين ؛ وفيه أن المقصود من ثبوت العيب إما رد المبيع أو طلب الأرش وكلاهما مما يتعلق بالمال وهو يثبت بما ذكر ، وما ذكره من التأييد بما فى عيب النكاح قد يقال لاتأييد فيه لأن عيب النكاح لم يقصد به المال (قوله فإن فقدا) أى فى محل العقد فما فوقه إلى مسافة العدوى لأن الشاهد لايلزمه الحضور مما زاد على ذلك (قوله صدق البائع) أى ظاهرا فلا رد : وهل للمشترى الفسخ باطنا إذا كان محقا أم لا ؟ وهل له إذا لم يفسخ أخذ الأرش باطنا أيضا أم لا ؟ فيه نظر . والأقرب فيهما الأول . أما الفسخ فلوجود مسوغه باطنا . وأما الأرش فلأنه لما تعذر رده على البائع بحلفه نزل منزلة عيب حادث يمنع من الرد القهرى ، ويحتمل فى الثانية منع أخذ الأرش لأنه حيث تمكن من الفسخ والتصرف فيه من باب الظفر جعل كالقادر على الرد وهو حيث قدر عليه لايجوز أخذ الأرش مع البائع ولو بالرضا ، بل إن تصالح من البائع على أخذ

(والزيادة) فى المبيع أو الثمن (المتصلة كالسمن) وكبر الشجرة وتعلم الصنعة والقرآن (تتبع الأصل) فى الرد لعدم إمكان إفرادها ولأن الملك قد تجدد بالفسخ فكانت الزيادة المتصلة فيه تابعة للأصل كالعقد ، ولو باع أرضا بها أصول نحو كرّاث فنبت ثم ردها بعيب فالنابت للمشترى (و) الزيادة (المنفصلة) عينا ومنفعة (كالولد والأجرة) وكسب الرقيق وركاز وجده وما وهب له فقبله وقبضه وما وصى له به فقبله ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة (لاتمنع الردّ) بالعيب عملا بمقتضى العيب . نعم ولد الأمة الذى لم يميز يمنع الردّ لحرمة التفريق بينهما على الأصح المنصوص وإن جرى ابن المقرى هنا على خلافه فيجب الأرش وإن لم يحصل يأس لأن تعذر الرد بإمتناعه ولو مع الرضا صيره كالمأيوس منه (وهى) أى الزيادة المنفصلة من المبيع (للمشترى) وللبائع فى الثمن (إن رد) المبيع فى الأولى أو الثمن فى الثانية (بعد القبض) سواء أحدثت قبل القبض أم بعده لما صح « أن رجلا ابتاع غلاما واستعمله مدة ثم رأى فيه عيبا وأراد رده فقال البائع : يارسول الله قد استعمل غلامى ، فقال صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان » ومعناه : إنما يخرج من المبيع من غلة وفائدة يكون للمشترى فى مقابلة أنه لو تلف لكان من ضمانه : أى لتلفه على ملكه ، فالمراد بالضمان فى الخبر الضمان المعتبر بالملك لا أنه الضمان المعهود ، ووجوب الضمان على ذى اليد فيما ذكر ليس لكونه ملكه بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن (وكذا) إن رد (قبله فى الأصح) بناء على أن الفسخ يرفع العقد من حينه وهو الأصح ، ومقابله مبنى على أنه يرفعه من أصله ، وجمع المصنف بين الولد والأجرة ليعلم منه أنه لا فرق فى امتناع ردها بين أن تكون من نفس المبيع كالولد أم لا كالأجرة وتمثيله للمتولد من

الأرش ليرضى بالمبيع ولا يرده لم يصح ويسقط خياره إن علم بفساد الصلح (قوله وكبر الشجرة) أى كبرا يشاهد كنموّها بغلظ خشبها وجريدها (قوله وتعلم الصنعة) ولا فرق بين أن يكون بأجرة أم لا بمعلم أو لا ، قال حج : كما اقتضاه إطلاقهم هنا لكنهم فى الفلس قيدوه بصنعة بلا معلم فيحتمل أن يقال به هنا بجامع أن المشترى غرم مالا فى كل منهما فلا يفوّت عليه ، ولا ينافيه الفرق الآتى فى الحمل لأن من شأنه أن لايغرم مالا فى مقابلته فحكم به لمن ينشأ الرد عنه (قوله كالعقد) أى كما أنها تابعة فى الملك للعقد (قوله فالنابت) دفع به ماقد يتوهم أنها من المتصلة لكونها ناشئة من نفس المبيع فكأنها جزء منه ، وقال سم على حج : قال شيخنا الشهاب الرملى : إن الراجح أن الصوف واللبن كالحمل اهـ : أى فيكون الحادث للمشترى سواء انفصل قبل الرد أم لا ، ومثلهما البيض كما هو ظاهر اهـ . وسيأتى فى كلام الشارح (قوله وجده) أى الرقيق (قوله لم يميز) ومثله ولد البهيمة التى لم تستغن عن اللبن (قوله لأن تعذر الرد) يتأمل هذا فإنه لو خرج عن ملكه لايستحق الأرش لإمكان عوده إليه مع امتناع رده ، فقياسه هنا أنه لايستحق الأرش لإمكان ردّ المبيع بعد تمييز الولد (قوله بإمتناعه) أى الردّ (قوله سواء أحدث) أى ماذكر (قوله المعهود) أى شرعا إذ ذاك الذى هو الضمان لدين فى ذمة غيره (قوله فيما ذكر) أى وهو ضمان مااشتراه (قوله بطريق مضمن) أى وهو الشراء (قوله كالولد أم لا كالأجرة) وأشار بذلك للرد على أبى حنيفة

(قوله ووجوب الضمان على ذى اليد فيما ذكر) يعنى فى الضمان المعهود كضمان الغصب ، وعبارة التحفة : فالمراد بالضمان فى الخبر الضمان المعتبر بالملك إذ أل فيه لما ذكره البائع له صلى الله عليه وسلم وهو ماذكر فقط فخرج البائع قبل القبض والغاصب فلا يملك فوائده لأنه لاملك له وإن ضمنه لأنه لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن انتهت (قوله أنه لافرق فى امتناع ردّها) صوابه لافرق فى عدم منعها الردّ (قوله بين أن تكون من نفس المبيع الخ)

نفس المبيع بالولد ، بخلاف الثمرة وغيرها ليعلم منه أنها تبقى له وإن كانت من جنس الأصل (ولو باعها) أى الجارية أو البهيمة (حاملا) وهى معيبة مثلا (فانفصل) الحمل (ردّه معها) إن لم تنقص بالولادة أو نقصت بها وكان جاهلا به واستمرّ جهله إلى الوضع لما مرّ أن الحادث بسبب متقدم كالمتقدم نبه عليه الأسنوى وغيره ، واعترض بأن الصواب ما أطلقه الشيخان هنا من عدم الفرق بين حالة العلم وحالة الجهل ، وإن كان النقص حصل بسبب جرى عند البائع وهو الحمل ويفرق بينه وبين القتل بالردة السابقة أو القطع بالجناية السابقة بأن النقص ههنا حصل بسبب ملك المشترى وهو الحمل فكان مضمونا عليه مانقص بالولادة . وأما القتل والقطع فلم يحصلا بسبب ملك المشترى ، وأيضا فالحمل يتزايد فى ملك المشترى قبل الوضع فاشبه ما إذا مات عند المشترى بمرض سابق وقد مرت الإشارة لذلك (فى الأظهر) بناء على أن الحمل يعلم ويقابله قسط من الثمن ، والثانى لابناء على مقابله ، وخرج ببياعها حاملا مالو باعها حائلا ثم حملت ولو قبل القبض فإن الولد للمشترى ، بخلاف نظيره فى الفلس فإن الولد للبائع ، والفرق أن سبب الفسخ هناك نشأ من المشترى وهو تركه توفية الثمن وهنا من البائع وهو ظهور العيب الذى كان موجودا عنده . قال الماوردى وغيره : وللمشترى حبس الأم حتى تضعه ، وحمل الأمة بعد القبض عيب حادث يمنع الردّ قهرا ، وكذلك حمل غيرها إن نقصت به ونحو البيض الحادث بعد العقد كالحمل قاله الزركشى ، وبانفصل مالو كانت حاملا فإنه يردّها جزما ، والطلع كالحمل والتأبير كالوضع ، فلو اطلعت فى يده ثم ردها بعيب كان الطلع للمشترى على أوجه الوجهين كما صححه الخوارزمى ، وقال الزركشى : إنه الأقرب

ومالك حيث قالا إن الزيادة إذا كانت من نفس الأصل كالولد والثمرة وجب ردها معه (قوله إنها تبقى له) أى للمشترى (قوله من جنس الأصل) الأولى من نفس الأصل لأن الثمرة ليست من جنس الشجرة لكنها نشأت من عينها (قوله وهى معيبة مثلا) أى أو سليمة وتقايلا أو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض (قوله وكان جاهلا) ضعيف وقوله به : أى الحمل (قوله من عدم الفرق الخ) معتمد خلافا لحج (قوله بالجناية السابقة) أى حيث كانا مضمومين على البائع (قوله وأما القتل) أى للمرتد والقطع : أى للسارق (قوله بمرض سابق) أى فلا ردّ له ويأخذ الأرش وكذلك ماهنا (قوله بناء على أن الحمل الخ) معتمد (قوله ولو قبل القبض) ظاهره ولو فى زمن خيار المشترى ، بل ولو فسخ بموجب الشرط وهو كذلك ومحله حيث حدث بعد انقطاع خيار البائع إن كان وإلا فهو له وإن تم العقد للمشترى كما قدمناه (قوله بخلاف نظيره فى الفلس) أى فيما لو اشترى عينا ثم حجر عليه قبل دفع ثمنها حملت فى يده فإذا رجع البائع فيها تبعها الحمل (قوله قال الماوردى وغيره) ولايحرم التفريق بعد الوضع الحاصل عند البائع بعد الردّ لأنه لم يحصل بالرد وإنما هو طارئ عليه ، وهذا كالصريح فى أن له ذلك بعد الفسخ ، ومعلوم أن مؤنتهما على البائع (قوله إن نقصت) لم يقيد به فى الأمة لأن من شأن الحمل فيها أن يؤدى إلى ضعف الأم ولأنه يؤدى إلى الطلق وهو ملحق بالأمراض المخوفة (قوله كالحمل) أى فيكون للمشترى فى غير مسئلة الفلس حيث رد قبل انفصاله (قوله وبانفصل مالو كانت حاملا) أى وقت الرد كالشراء (قوله فى يده) أى المشترى (قوله كان الطلع للمشترى) أى وإن لم يتأبر قوله (على أوجه الوجهين) معتمد (قوله وقال) مقابلى قوله على أوجه

وأيضا ليعلم أنه لافرق بين كون الزيادة عينا أو منفعة كما أشار هو إليه فى حل المتن « قوله وهى معيبة مثلا) أدخل بقوله مثلا ما إذا اشتراها سليمة ثم طرأ العيب قبل القبض ، ولا يصح إدخال ما لو كان الرد بخيار المجلس أو الشرط مثلا لأنه يأباه السياق مع قول المصنف السابق لايمنع الردّ (قوله واعترض بأن الصواب ما أطلقه الشيخان) أى فالحاصل أنه يتعين تصوير المتن بما إذا لم تنقص بالولادة أصلا (قوله من عدم الفرق) يعنى فى منع الرد

وقال فى التوسط : الأصح الاندراج ، وقال السبكى : إنه الذى يتجه أن يكون الأصح ، والصوف الموجود عند العقد يردّ مع الأصل وإن جزّه لأنه جزء من المبيع ، ويرد أيضا ماحدث بعد العقد إن لم يجزه ، فإن جزّه فلا كالولد المنفصل ، كذا أفتى به القاضى وجرى عليه الخوارزمى وجزم به فى أصل الروضة ، لكن قياس الحمل أن مالم يجز لايردّ أيضا وجزم به القاضى فى تعليقه وألحق به اللبن الحادث . قال الوالد رحمه الله تعالى : إن الراجح أن الصوف واللبن كالحمل ، وقال الأذرعى : إنه الأصح ، وقد قال الدارمى : إن كانت زيادة متميزة ككسب عبد وولد جارية وثمرة نخل وشجر ولبن وصوف وشعر حيوان ونحوه فهى للمشترى ويردّ المبيع دونها . قال الأذرعى : وقضية إطلاقه أنه لافرق فى الثمرة واللبن والصوف بين أن تكون فصلت أولا (ولا يمنع الرد الاستخدام) قبل العلم بالعيب من المشترى أو غيره للمبيع ولا من البائع أو غيره للثمن إجماعا (و) لا (وطء الثيب) كالاستخدام وإن أفضى إلى تحريمها على بائعها لكونه أباه مثلا كما مرّ . نعم إن كان يعدّ عيبا كأن مكنته ظانة أنه أجنبى منع لأنه عيب حدث ، ووطء الغوراء مع بقاء بكارتها كالثيب (وافتضاض) الأمة بالفاء والقاف (البكر) المبيعة من مشتر أو غيره : يعنى زوال بكارتها ولو بنحو وثبة (بعد القبض نقص حدث) فيمنع الرد مالم يستند لسبب متقدم جهله المشترى كما مرّ ، فقول المصنف افتضاض مبتدأ خبره قوله نقص ، وليس معطوفا على الاستخدام فهو نظير قوله تعالى - ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة - (وقبله جناية على المبيع قبل القبض) فإن كان من المشترى منع رده بالعيب واستقر عليه من الثمن بقدر مانقص من قيمتها ، فإن قبضها لزمه الثمن بكماله ، وإن تلفت قبل قبضها لزمه قدر النقص من الثمن أو من غيره ، وأجاز هو البيع فله الرد بالعيب ، كذا قاله الشارح ، وهو

الوجهين (قوله الاندراج) أى اندراجه فيا يرده وهو الشجرة فيكون للبائع (قوله لكن قياس الحمل الخ) معتمد (قوله لايردّ أيضا) أى فيجزه المشترى ويفوز به . وقال حج : ولو جزّ بعد أن طال ثم علم عيبا وردّ اشتركا فيه لأن الموجود عند العقد جزء من المبيع يردّ وإن جزّ ، وقياس نظائره أنه يصدق ذو اليد حيث لابينة ، وأنه لا رد مادام متنازعين وأن ذلك عيب حادث ، وعلى هذا يحمل قول السبكى : وقد يقع نزاع فى مقداره لكل منهما وهو عيب مانع من الردّ (قوله أن الصوف واللبن كالحمل) أى فيكون الحادث للمشترى سواء انفصل قبل الردّ أولا ومثلهما البيض كما هو ظاهر اهـ سم على حج . ويرجع فى كون اللبن حادثا أو قديما لمن هو تحت يده وهو المشترى فيقبل قوله فيه بيمينه ، وكذا يقال فى الصوف (قوله ولا وطء الثيب) أى ولو فى الدبر شرح عباب لحج ، ومثل الثيب وطء البكر فى دبرها فلا يمنع الردّ اهـ حج أيضا (قوله كأن مكنته ظانة أنه أجنبى منع) أى من الرد (قوله لأنه عيب حدث) زاد حج : وإطلاق الزنا على هذا مجاز (قوله كالثيب) أى فلا يمنع الرد مالم تمكنه ظانة زناه (قوله ولا بنحو وثبة) منه الحيض (قوله جهله المشترى) كالزوجة ومنه أيضا مالو أزالت جارية عمرو بكارة جارية زيد فجاء زيد وأزال بكارة جارية عمرو عند المشترى (قوله فهو نظير قوله) أى فى كون قوله - وعلى أبصارهم غشاوة - مستأنفا (قوله بقدر مانقص) أى بنسبة مانقص لانفس قدر مانقص ، إذ قد يكون قدر مانقص قدر الثمن أو أكثر . هكذا ينبغى أن يكون المراد اهـ سم على حج (قوله فله الرد) الظاهر أن المعنى أنه إذا علم بافتضاض غيره ، فإن فسخ فذاك وإن أجاز ثم علم العيب القديم فله الرد به ، ويبقى الكلام فيا إذا علم بهما معا فهل له تخصيص الإجارة بعيب الافتضاض والفسخ بالآخر ؟ فيه نظر اهـ سم على حج . أقول : وقياس قول

(قوله فهى للمشترى) أى وإن ردّ كما مر

محمول على ما إذا لم يطلع عليه إلا بعد إجازته . ثم إن كان زوالها من البائع أو بآفة أو بزواج سابق فهدر أو من أجنبي فعليه الأرش إن زالت بلا وطء أو بوطء زنا منها وإلا لزمه مهر مثلها بكرا بلا إفراد أرش وهو للمشترى . نعم إن رد بالعيب سقط منه قدر الأرش ، وفرق بين وجوب مهر بكر هنا ومهر ثيب وأرش بكارة فى الغصب والديات ومهر بكر وأرش بكارة فى المبيعة بيعا فاسدا بأن ملك المالك هنا ضعيف فلا يحتمل شيئين بخلافه ثم ، ولهذا لم يفرقوا ثم بين الحرة والأمة وبأن البيع الفاسد وجد فيه عقد اختلف فى حصول الملك به كما فى النكاح الفاسد بخلافه فيما مر .

فصل فى التصرية المشار إليها فيما مر بالتغرير الفعلى

وقد صرح بحكمها فقال : (التصرية) وهى أن يترك البائع حلب الحيوان عمدا مدة قبل بيعه حتى يجتمع اللبن فيتخيل المشترى غزارة لبنه فيزيد فى الثمن (حرام)

الشارح وهو محمول على ما إذا الخ أن فسخه بأحدهما وإجازته فى الآخر يسقط خياره ، لكن قضية ما مر من أنه لو اشتغل بالرد بعيب فعجز عن إثبات كونه عيبا فانتقل للرد بعيب آخر لم يمتنع ثم عدم سقوط الخيار هنا لتخصيص الرد بأحد العيبين (قوله إذا لم يطلع عليه) أى العيب القديم (قوله فهدر) أى على المشترى حيث أجاز (قوله فعليه) أى الأجنبي (قوله إن زالت بلا وطء) كأن أزالها بنحو عود (قوله وإلا لزمه) أى الأجنبي (قوله وهو للمشترى) أى وللبائع معه قدر الأرش إن كان المهر أكثر من الأرش ، فإن تساويا أخذه البائع بجملته ولا شىء للمشترى ، وإن زاد الأرش على المهر وجبت الزيادة على المشترى لأن العين من ضمانه (قوله نعم إن رد) أى المشترى (قوله سقط منه) أى المهر (قوله بأن ملك المالك هنا ضعيف) كان وجه ضعفه أنه معرض للزوال بالتلف قبل القبض كما هو الفرض اه سم على حج (قوله كما فى النكاح الفاسد) قضيته أن فى النكاح الفاسد مهر بكر وأرش بكارة ، وهو خلاف ما تقدم له بعد قول المصنف ولو اشترى زرعا بشرط أن يحصده الخ مما نصه : ولو كانت بكرا فمهر بكر كالنكاح الفاسد وأرش بكارة لإتلافها ، بخلافه فى النكاح الفاسد إذ فاسد كل عقد كصحيحه فى الضمان وعدمه وأرش البكارة مضمون صحيح البيع دون صحيح النكاح ، وهذا ما ذكره الزركشى وابن العماد ، والأصح فى النكاح الفاسد وجوب مهر مثل ثيب وأرش بكارة اه . وعليه فالتشبيه فى أصل الضمان لا فى قدر المرجوع به ، ومع ذلك فالراجح ما هنا من الاقتصار فى النكاح الفاسد على مهر البكر .

(فصل) فى التصرية

(قوله المشار إليها) أى ولما يأتى معها من حبس ماء القناة وما بعده الخ ، وعبارة حج : فصل فى القسم الثانى وهو التغرير الفعلى بالتصرية أو غيرها اه . وهى أعم مما ذكره الشارح (قوله حرام) قال سم على المنهج : وينبغى أن يكون كبيرة لقوله صلى الله عليه وسلم « من غشنا فليس منا » اه . قال حج فى الزواجر : الكبيرة الثالثة والتسعون

(قوله سقط منه قدر الأرش) أى لأن الأرش يستحقه البائع (قوله وبأن البيع الفاسد وجد فيه الخ) توجيهه مذكور فى التحفة ونازع فيه الشهاب سم .

(فصل) فى التصرية

(قوله فى التصرية) أى وما يذكر معها

للتدليس ولافرق فى الحرمة بين مريد البيع وغيره ومن قيد بالأول أراد به ما إذا انتفى معه ضرر الحيوان . والأصل فى ذلك خبر الصحيحين « لاتصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك » أى النهى « فهو بخير النظرين بعد بعد أن يحلبها إن ، رضيها أمسكها وإن سخطها ردّها وصاعا من تمر » ، وقيس بالإبل والغنم غيرهما بجامع التدليس ، وتصروا بوزن تزكوا من صرى الماء فى الحوض جمعه ، ومنهم من يرويه بفتح التاء وضم الصاد وتسمى محفلة أيضا (تثبت الخيار) للمشترى كما مر فى الخبر حيث كان جاهلا

بعد المسائة الغش فى البيع وغيره كالتصرية ، وهى منع حلب ذات اللبن أياما لكثرته ، ثم قال : تنبيه : عدّ هذه كبيرة هو ظاهر ما فى الأحاديث من نفى الإسلام عنه مع كونه لم يزل فى مقت الله أو كون الملائكة تلعنه ، ثم رأيت بعضهم صرح بأنه كبيرة لكن الذى فى الروضة كما مرّ أنه صغيرة وفيه نظر لما ذكر من الوعيد الشديد فيه . وضابط الغش المحرم أن يعلم ذو السلعة من نحو بائع أو مشتر فيها شيئا لو اطلع عليه مريد أخذها ما أخذها بذلك المقابل ، فيجب عليه أن يعلمه به ليدخل فى أخذه على بصيرة ، ويؤخذ من حديث واثلة وغيره ما صرح به أصحابنا أنه يجب أيضا على أجنبى علم بالسلعة عيبا أن يخبر به مريد أخذها وإن لم يسأله عنها ، كما يجب عليه إذا رأى إنسانا يخطب امرأة ويعلم بها أو به عيبا أو رأى إنسانا يريد أن يخالط آخر لمعاملة أو صداقة أو قراءة نحو علم وعلم بأحدهما عيبا أن يخبر به وإن لم يستشر به ، كل ذلك أداء النصيحة المتأكد وجوبها لخاصة المسلمين وعامتهم اه (قوله للتدليس) هذا التعليل لايناسب التعميم فى قوله ولا فرق فى الخ ، وإنما يناسبه التعليل بإضرار الحيوان لكنه يناسب ماعرفها به (قوله لاتصروا الإبل) هو بضم التاء وفتح الصاد ونصب الإبل من التصرية . قال القاضى عياض : ورويناه فى صحيح مسلم عن بعضهم لاتصرّوا بفتح التاء وضم الصاد من الصرّ ، قال : وعن بعضهم لاتصر الإبل بضم التاء بغير واو بعد الراء وبرفع الإبل على مالم يسم فاعله من الصر أيضا وهو ربط أخلافها ، والأوّل هو الصواب والمشهور اه شرح مسلم للنووى (قوله أن يحلبها) هو بضم اللام اه مختار (قوله وصاعا) يصح أن يكون مفعولا معه بناء على ماقاله ابن هشام من أن عمرا فى قولك ضربت زيدا وعمرا يجوز فيه كونه مفعولا معه وكونه معطوفا . أما على ماقاله الرضى من تعين العطف لايجوز كونه مفعولا معه وأن يكون مفعولا لفعل محذوف ، فعلى الأوّل يجب رد الصاع فورا بخلافه على الثانى كما أشار إلى ذلك ابن دقيق العيد اه كذا بهامش ، ولعل وجهه أنه إذا جعل مفعولا معه اقتضى أن رد الصاع مصاحب الرد المصراة وردها فورى فيكون رد الصاع كذلك لمقارنته لردها لكن الحكم أن رد الصاع ليس فوريا فالثانى أولى أو متعين بناء على ماذكره من أن الأوّل يقتضى وجوب الفورية فى رد الصاع ، هذا وقد يقال : رد المصراة المراد به فسخ العقد وبعد ذلك لايجب الفور بردها على المالك فلا يلزم وجوب الفورية فى رد الصاع وإن أعرب مفعولا معه (قوله ومنهم من يرويه الخ) عبارة حج : وجوّز الشافعى أن يكون من الصرّ وهو الربط واعترضه أبو عبيدة بأنه يلزمه أن يقال مصررة أو مصرورة لا مصراة ، وليس فى محله لأنهم قد يكرهون اجتماع مثلين فيقلبون أحدهما ألفا كما فى دساها إذ أصله دسسها : أى وعليه فيكون أصل مصراة مصررة أبدلوا من الراء الأخيرة ألفا كراهة اجتماع الأمثال (قوله ومنهم) أى من المحدثين (قوله تثبت الخيار) واعلم أن اللبن يقابله قسط من الثمن وإن تلف بعض المعقودة عليه يمنع رد الباقى ، وقياس ذلك امتناع رد المصراة ، قال الرافعى : لكن جوزناه اتباعا للأخبار ، كذا بخط شيخنا سم على منهج (قوله حيث كان جاهلا) أخره عن قوله كما مر فى الخبر لعدم استفادة هذا القيد منه وخرج به العالم فلا خيار له ، وعليه فلو

(قوله ومن قيد بالأوّل) أى كهو فيما مر له فى تعريفها

بحالها ثم علم بها بعد ذلك وهو (على الفور) كخيار العيب . نعم لو در اللبن على الحد الذى أشعرت به التصرية فلا خيار كما هو الأوجه ، ولهذا قال أبو حامد : لاوجه للخيار هنا ، وإن نازعه الأذرعى هنا لأن ما كان على خلاف الجبلة لاوثوق بدوامه ، وشمل كلامه مالو تصرت بنفسها أو النسيان أو شغل وهو كذلك كما صححه البغوى وقطع به القاضى ، وقال الأذرعى : إنه الأصح وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين والشافعى فى الأم ، وصححه صاحب الإفصاح والمفتاح للحاوى وجزم به الدميرى وصححه السبكى لحصول الضرر ، ويؤيده أن الخيار بالعيب لافرق فيه بين علم البائع به وعدمه ، فاندفع ترجيح الحاوى كالغزالى مقابله لانتفاء التدليس (وقيل يمتد) الخيار (ثلاثة أيام) من العقد كما صرح به فى الخبر ومن ثم صححه كثيرون واختاره جمع متأخرون . وأجاب الأكثرون بحمل الخبر على الغالب من أن التصرية لاتظهر فيما دون الثلاث لاحتمال إحالة النقص على اختلاف العلف أو المأوى مثلا (فإن ردها) أى اللبون ولو بغير عيب التصرية (بعد تلف اللبن) أى حلبه ولو قليلا وعبر به عنه لأنه بمجرد حلبه يسرى إليه التلف وظاهر أنه لابد من لبن متمول إذ لايضمن إلا ماهو كذلك (رد) حتما (معها صاع تمر) وإن اشتراها بصاع تمر ويسترد صاعه لأن الربا لايؤثر فى الفسوخ كما قاله القاضى سواء أكان المدفوع للبائع باقيا أم تالفا خلافا للأذرعى بناء على الأصح الآتى فى الكتابة من اختصاص التقاص بالنقود أو زادت قيمته على ما اشترى به للخبر السابق وقطعا للنزاع ، وبما قاله علم أن المشترى لايكلف رد اللبن لأن ماحدث بعد البيع ملكه وقد اختلط بالمبيع وتعذر تمييزه ، فإذا أمسكه كان كالتالف وأنه لايرده على البائع قهرا

ظنها مصراة فبانت كذلك ثبت له الخيار على مامر فيمن اشترى أمة ظنها هو وبائعها زانية فبانت كذلك لعدم التحقق ، ومحل ذلك إذا كان ظنا مرجوحا بخلاف الظن الراجح والمساوى على ما مر فى كلام الشارح فلا يثبت منهما خيار (قوله بحالها) أى وكانت لاتظهر لغالب الناس أنها متروكة الحلب قصدا ، فإن كانت كذلك فلا خيار أخذا مما يأتى يأتى له فى تحمير الوجه ، ولا يكفى فى سقوط الخيار ما اعتيد من أن الغالب على مريد البيع لذات اللبن ترك حلبها مدة قبل البيع أخذا مما تقدم للشارح بعد قول المصنف : وسرقة وإباق من الشراء مع ظن العيب لايسقط الرد فليتنبه له (قوله بعد ذلك) أى النهى مفهومه أنه لو وقع بيع قبل النهى للمصراة ثم علم بتصريتها المشترى بعد ورود النهى أنه لاخيار له ، ولعله غير مراد وأنه إنما قيد ببعد النهى إشارة إلى أن ماورد من ذلك قبل النهى لا إثم فيه (قوله نعم لو در اللبن) أى ودام مدة يغلب بها على الظن أن كثرة اللبن صارت طبيعة لها ، أما لو در فى نحو يومين ثم انقطع لم يسقط الخيار لظهور أن اللبن فى ذينك لعارض فلا اعتبار به (قوله كما صرح به فى الخبر) هو حديث مسلم « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإن ردها رد معها صاع تمر لا سمراء » اهـ محلى (قوله وعبر به) أى بالتلف عنه : أى الحلب (قوله لايؤثر فى الفسوخ) على أنه فى الحقيقة لامجال للربا فيه بوجه لأن الفسخ رفع العقد وهو يقتضى تراد العوضين ، فما أخذه المشترى هو الثمن الذى أعطاه ، وما رده من الثمن بدل اللبن الذى كان ملكا للبائع حين البيع (قوله بناء على الأصح الآتى الخ) معتمد (قوله وبما قاله) أى المصنف لكن برعاية تأويل التلف بالحلب وإلا فظاهر المتن يقتضى خلافه وجرى عليه المحلى حيث قال : أما رد المصراة قبل تلف اللبن فلا يتعين رد الصاع معه لجواز أن يرد المشترى اللبن ويأخذه البائع فلا شىء له غيره اهـ (قوله وقد اختلط) قضيته أنه لو حلب

(قوله وشمل كلامه مالو تصرت بنفسها الخ) فى شمول كلامه لهذا نظر لايخفى (قوله كما صرح به فى الخبر) يعنى خبر مسلم « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام » الخ (قوله خلافا للأذرعى) أى فى قوله إنه لو اشتراها بصاع تمر وتلف

وإن لم يحمض لذهاب طراوته والعبرة بغالب تمر البلد كالفطرة وهو المراد بما نص عليه الشافعي من أنه الوسط من تمر البلد فإن تعذر عليه لزمته قيمته بالمدينة الشريفة لكثرة التمر بها، وهذا هو المعتمد كما جرى عليه ابن المقرى فى روضه وإن نوزع فيه ، ومحل ماذكر عند عدم تراضيهما ، فإن تراضيا على غير الصاع أو على ردّها من غير شىء كان جائزا ، وقد بحث ذلك فى الثانية الزركشى ، ولو رد غير المصراة بعد الحلب رد معها صاع تمر بدل اللبن كما جزم به البغوى وصاحب الأنوار وصححه ابن أبى هريرة والقاضى وابن الرفعة ، ويتعدد الصاع بتعدد المصراة وإن اتحد العقد كما نقله ابن قدامة الحنبلى عن نص الشافعى (وقيل يكفى صاع قوت) لرواية صحيحة بالطعام ورواية بالقمح فإن تعدد جنسه تخير وردوه برواية مسلم « رد معها صاع تمر لا سمراء » أى حنطة ، فإذا امتنعت وهى أعلى الأقوات عندهم فغيرها أولى ، ورواية القمح ضعيفة ، والطعام محمول على التمر لما ذكر ، وإنما تعين ولم يجز أعلى منه بخلاف الفطرة لأن القصد بها سدّ الخلة ، وهنا قطع النزاع مع ضرب تعبد إذ الضمان بالتمر لانظير له ، لكن لما كان الغالب التنازع فى قدر اللبن قدّر الشارع بدله بما لايقبل تنازعا قطعا له ما أمكن (والأصح أن الصاع لايختلف

عقب البيع بحيث لم يمض زمن يحتمل فيه حدوث لبن كان للبائع إجباره على رده لأن عين ملكه ، قال الشارح فى شرح العباب : وظاهر كلامهم بل صريحه عدم إجباره اه سم على حج . ويوجه بأن الشارع أطلق فى وجوب رد الصاع ، وقضيته أنه لافرق بين مضى زمن يمكن فيه حدوث لبن أولا والتقدير بالصاع من التمر تعبدى على أن مضى أدنى زمن بعد الشراء مظنة لزيادة لبن يزيد المشترى وكثيرا مايقيمون المظنة مقام المئنة (قوله وإن لم يحمض) من باب سهل ونصر اه مختار (قوله والعبرة بغالب تمر البلد) أى وإن لم يكن من نوع تمر الحجاز (قوله فإن تعذر عليه) أى بأن لم يجده فى بلده بثمن مثله ولا فيما فوقها إلى مسافة القصر اه حج (قوله لزمته قيمته) زاد حج يوم الرد لا أكثر الأحوال اه . ويعلم ذلك باستصحاب ماعلم قبل للبائع أو غيره ، فإذا فارق البائع أو غيره المدينة وقيمة الصاع فيها درهم مثلا استصحب ذلك فيجب أن يرد مع الشاة درهما حتى يعلم خلافه أو يظن (قوله من غير شى) وليس منه مايقع الآن من رد البهيمة بعد حلبها بلا شىء مع عدم مطالبة البائع ببدل اللبن لأن ذلك إنما هو لعدم العلم بوجوب شىء له ، فمتى علم به كان له الطلب ولو بعد مدة طويلة ، وقياس ماقيل من وجوب إعلام النساء بأن لهن المتعة وجوب إعلام البائع باستحقاق بدل اللبن (قوله بدل اللبن) أى الذى كان موجودا عند العقد فإن حدث اللبن المحلوب عند المشترى وردها بعيب فهل يرد معها صاع تمر أم لا ؟ أجاب مؤلفه بأنه لايلزمه لأن اللبن حدث فى ملكه والله أعلم (قوله ويتعدد الصاع بتعدد المصراة) .

[فرع] يتعدد الصاع أيضا بتعدد البائع أو المشترى ، وكذا بتعدد المشترى ، أو إن اتحد العقد كأن وكل جمع واحدا فى شرائها لهم سواء حلبوها جميعهم أو حلبها واحد منهم أو من غيرهم وإن قلت حصة كل منهم جدا مر أى أو خرج اللبن منها بغير حلب كما هو ظاهر .

[فرع] ينبغى وجوبه أيضا إذا اشترى جزءا من مصراة اه سم على حج ، وظاهره وجوب ذلك وإن كان مايخص كل واحد من الشركاء غير متمول حيث كان جملته متمولا (قوله فإن تعدد) تفريع على قوله وقيل الخ (قوله جنسه) أى القوت (قوله لما ذكر) أى من الرد برواية مسلم الخ (قوله سد الخلة) بفتح الخاء بمعنى الحاجة

ثم ردّها يقع التقاص (قوله ولو رد غير المصرّاة بعد الحلب الخ) لا حاجة إليه مع ما مر له من تفسير ضمير ردّها فى المتن باللبون ، ولعله أعاده لأجل الخلاف

لكثرة اللبن) وقلته لما تقرر والإطلاق الخبر كما لاتختلف غرّة الجنين باختلافه ذكورة وأنوثة ولا أرش الموضحة باختلافها صغرا وكبرا (و) الأصح (أن خيارها) أى المصراة (لايختص بالنعم) وهى الإبل والبقر والغنم (بل يعم كل مأكول) من الحيوان (والجارية والأتان) بالمثناة وهى الأنثى من الحمر الأهلية لرواية مسلم من اشترى مصراة وكون نحو الأرنب لايقصد لبنه إلا نادرا إنما يرد لو أثبتوه قياسا ، وليس كذلك لما تقرر من شمول لفظ الخبر له لأن النكرة فى حيز الشرط تعم والتعبد هنا غالب فمن ثم لم يستنبط من النص معنى يخصصه ، ولا يؤثر كون لبن الأخيرين لايؤكل لأنه تقصد غزارته لتربية الولد وكبره والثانى يختص بالنعم لأن غيرها لايقصد لبنه إلا على ندور (و) لكن (لايرد معهما شيئا) بدل اللبن لأن لبن الأمة لايعتاض عنه غالبا ولبن الأتان نجس (وفى الجارية وجه) أنه يرد بدله لصحة بيعه وأخذ العوض عنه (وحبس ماء القناة و) ماء (الرحى المرسل) كل منهما (عند البيع) أو الإجارة حتى يتوهم المشترى أو المستأجر كثرته فيزيد فى عوضه ومثلهما جميع المعاوضات (وتحمير الوجه) وتوريمه ووضع نحو قطن فى شدقها (وتسويد الشعر وتجعيده) الدال على قوة البدن وهو مافيه التواء وانقباض

اهـ مختار (قوله وقلته) أى حيث كان متمولا كما قدمه (قوله بل يعنى كل مأكول) أى ويجب فيه الصاع بالشرط السابق وهو أن يكون متمولا (قوله إنما يرد لو أثبتوه) أى الصاع فى لبن الأرنب (قوله له) أى الأرنب (قوله معنى يخصصه) زاد حج بالنعم ، ويرد عليه أن لبن الجارية لاشىء فيه ، وعللوه بأنه لايقصد للاعتياض إلا نادرا إلا أن يقال : إنه لما لم يتفق تناوله للاعتياض لغير الطفل عادة عدّ بمنزلة العدم ، بخلاف غيره لما اعتيد تناوله مستقلا ولو نادرا اعتبر (قوله وحبس ماء القناة) انظر لو انحبس بنفسه هل يثبت فيه الخيار أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول قياسا على التصرية ، ويوجه بأن الغالب تعهد ذلك من المالك للانتفاع به إما بنفسه أو بنائبه ، ثم بعد ذلك إن كان الماء نزل أرض المشترى وكان له قيمة ضمنه بمثله ، والقول قوله فى قدره وإن لم يكن له قيمة لاشى فيه لأنه يتسامح به ولأن غير المتمول لايضمنه الغاصب لو تلف فى يده (قوله وماء الرحى) أى الطاحون (قوله ومثلهما) أى البيع والإجارة (قوله جميع المعاوضات) ومنها الصداق وعوض الخلع والدية فى الصلح عن الدم ، وإذا فسخ العوض فيها رجع لمهر المثل فى الصداق وعوض الخلع وللدية فى الصلح عن الدم (قوله وتحمير الوجه) لو وقع ذلك من المبيع لم يحرم على السيد وهل يحرم على المبيع ذلك الفعل أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب أن يقال : إن كان مقصوده الترويج ليباع حرم عليه ولا خيار للمشترى لانتفاء التغرير من البائع وإلا فلا ، والفرق بين تحمير الجارية وجهها حيث قيل فيها بعدم ثبوت الخيار وما لو تحفلت الدابة بنفسها أن البائع للدابة ينسب لتقصير فى الجملة لجريان العادة بتعهد الدابة فى الجملة فى كل يوم ، بخلاف الجارية فإنه لم يعهد تعهد وجهها ولا ماهى عليه من الأحوال العارضة لها (قوله ووضع نحو قطن) ثبوت الخيار فى هذه المسئلة يشكل بعدم ثبوته فى توريم الضرع الآتى ، إلا أن يفرق بأن التوريم لما كان ظاهر البدن بحيث يطلع عليه بالحس عادة نسب إلى تقصير ، ولا كذلك هذا فإنه لاستتاره بعسر الاطلاع عليه ، ولا يشكل توريم الوجه بما يأتى فى توريم الضرع لما سنشير إليه من أن التدليس فى توريم الضرع يسهل الاطلاع عليه بحلب الدابة فيعلم منه كثرة لبنها وقلته ولا كذلك توريم الوجه (قوله فى شدقها) قال فى المصباح فى حرف الشين المعجمة مع الدال المهملة : الشدق جانب الفم بالفتح والكسر ، قاله الأزهرى ، وجمع المفتوح شدوق مثل فلس وفلوس ، وجمع المكسور أشداق مثل حمل وأحمال ، ورجل أشدق : واسع الشدقين (قوله وتجعيده) قال فى شرح الروض : وخرج بجعده مالو سبطه فبان جعدا فلا خيار لأن الجعودة أحسن اهـ سم على حج : وقال سم على منهج : قرر مر فيما لو تجعد الشعر بنفسه عدم

لا كفلفل السودان (يثبت الخيار) بجامع التدليس أو الضرر وشمل إطلاقه الذكر والأنثى ، وهو كذلك كما قاله الأذرعى ويلحق بذلك الخنثى فيما يظهر ، والأوجه تحريم ذلك لما مر من التدليس ، ولابد فى ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث لايظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتى لاينسب المشترى إلى تقصير (لا لطخ ثوبه) أى الرفيق (بمداد تخييلا لكتابته) أو إلباسه ثوب نحو خباز ليوهم أنه كاتب أو خباز أو توريم ضرع الحيوان فلا رد له به (فى الأصح إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشترى بعدم امتحانه والبحث عنه ، وقضية إطلاقهم عدم حرمته بخلاف التصرية ، ولو قيل بحرمته لم يبعد كما قاله بعض المتأخرين ، لأن الضرر الحاصل بالتصرية يرتفع عن المشترى بإثبات الخيار بخلاف هذا . والثانى يثبت له الرد نظرا لمطلق التدليس ، ويجرى الخلاف فى إلباسه ثوبا مختصا بحرفة من أرباب الصنائع كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمن الجوهرة لأنه المقصر ، ومعلوم أن محل ذلك حيث كان لها قيمة وإلا فلا يصح بيعها ، ووجه ماتقرر وإن استشكله ابن عبد السلام أن حقيقة الرضا المشترطة لصحة البيع لاتعتبر مع التقصير . ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم علم من يخدع فى البيع أن يقول « لا خلابة » كما مر ، ولم يثبت له خيارا ولا أفسد شراءه فدل على ماذكرناه .

ثبوت الخيار به اهـ . وقوله بنفسه : أى أو بفعل غير البائع فيما يظهر . ثم رأيته فى حج وعبارته : ومن ثم تخير هنا فى حبس ماء القناة ونحوه ، وإن فعل ذلك غير البائع ، إلا تجعد الشعر فإنه مستور غالبا فلم ينسب البائع فيه لتقصير ولعل الفرق بينه وبين مالو تصرت بنفسها أن البائع ينسب فى عدم العلم بالتصرية إلى تقصير فى الجملة لما جرت به العادة من حلب الدابة وتعهدها فى كل يوم من المالك أو نائبه ولا كذلك الشعر ، ثم رأيت سم على حج صرح بذلك الفرق نقلا عن شرح الروض (قوله كفلفل السودان) أى فإن جعل الشعر على هيئته لايثبت الخيار لعدم دلالته على نفاسة المبيع المقتضية لزيادة الثمن (قوله لتقصير المشترى الخ) ربما يؤخذ من التعليل أنهما لو كانا بمحل لاشىء فيه مما يمتحن به ثبوت الخيار ، وليس مرادا لأن ذلك نادر فلا نظر إليه (قوله ولو قيل بحرمته لم يبعد) معتمد (قوله كما قاله بعض المتأخرين) حج (قوله يظنها جوهرة) خرج به مالو قال له البائع هى جوهرة فيثبت له الخيار فى هذه الحالة فيما يظهر ، ويفرق بين هذا وبين مالو قال اشتريته بكذا كاذبا أو زاد البائع فى السلعة وهى مع الدلال ليضر غيره بأن البائع لم يحدث فى ذات المبيع صفة لاحقيقة ولا حكما ، وإخباره هنا عن الزجاجة بأنها جوهرة بمنزلة إحداث صفة تخيل للمشترى فيها ذلك فكان كتسويد الشعر وتجعيده بل أولى فليراجع . ثم الكلام حيث لم يسمها بغير جنسها وقت البيع . أما لو فعل ذلك كما لو قال بعتك هذه الجوهرة فإن العقد باطل كما تقدم (قوله ومعلوم أن محل) أى صحة بيع الزجاجة (قوله لها قيمة) أى ولو أقل متمول (قوله لاتعتبر مع التقصير) على أنه قد مر أن المراد من الرضا فى الحديث إنما هو اللفظ الدال عليه وإن كره بيعه بقلبه وقد وجد اللفظ فيما نحن فيه (قوله فدل على ماذكرناه) أى من قوله لاتعتبر مع التقصير الخ .

(قوله بجامع التدليس أو الضرر) أشار بهذا إلى الوجهين فى أن علة التخيير فى المصراة هل هى تدليس البائع أو ضرر المشترى باختلاف ما ظنه ، ويظهر أثرهما فيما لو تحفلت بنفسها ونحو ذلك ، فإن قلنا بالثانى فله الرد وإن قلنا بالأول فلا : أى وكل من العلتين موجود فى مسئلتنا (قوله ليوهم أنه كاتب) لاحاجة إليه مع قول المتن تخييلا لكتابته (قوله ويجرى الخلاف فى إلباسه ثوبا مختصا بحرفة الخ) هذا يغنى عنه قوله فيما مر أو إلباسه ثوب نحو خباز الخ حيث جعله من جملة مسائل الخلاف (قوله وإن استشكله ابن عبد السلام) أى بأن حقيقة الرضا المشترطة لصحة البيع مفقودة حينئذ : أى فكان ينبغى أن لايصح البيع لانتفاء شرطه كما يؤخذ من جوابه :

باب فى حكم المبيع ونحوه قبل قبضه وبعده والتصرف

فيما له تحت يد غيره وبيان القبض والتنازع فيه وما يتعلق بذلك

(المبيع) دون زوائده ، ومثله فى جميع مايأتى الثمن كما سيذكره بقوله والثمن المعين كالمبيع (قبل قبضه) الواقع عن البيع (من ضمان البائع) بمعنى انفساخ البيع بتلفه أو إتلاف البائع والتخيير بتعييبه أو تعييب غير مشتر وإتلاف أجنبى لبقاء سلطنته عليه ،سواء أعرضه على المشترى فلم يقبله أم لا ، أو قال أودعتك إياه أم لا ، وقولهم إن إيداع من يده ضامنة يبرئه مفروض فى ضمان اليد ، وما هنا ضمان عقد . نعم لو وضعه بين يديه وعلم به ولا مانع له من قبضه حصل القبض، وإن قال لا أريده ، وبحث الإمام أنه لابدمن قربه منه بحيث تناله يده من غير حاجة لانتقال أو قيام . قال ولو وضعه البائع على يمينه أو يساره والمشترى تلقاء وجهه لم يكن قبضا اه . وما ذكره أولا ظاهر وآخرا غير ظاهر ، إذ الأوجه عدم الفرق وأنه متى قرب من المشترى كما ذكر ولم يعد البائع مستوليا عليه مع ذلك

باب فى حكم المبيع ونحوه قبل قبضه

(قوله ونحوه) كالثمن المعين (قوله والتنازع) أى وحكم التنازع (قوله وما يتعلق بذلك) أى كبيان ما يفعل إذا غاب الثمن (قوله دون زوائده) أى فإنها أمانة فى يده كما يأتى (قوله الواقع عن البيع) يخرج به نحو قبض المشترى له من البائع وديعة الآتى قريبا : أى فى قوله ولا من عكسه أيضا قبض المشترى له وديعة الخ ، فهو مما أريد بقبل القبض أيضا اه سم على حج : أى أو يقال يخرج به قبضه له بغير إذن بائعه أو بإذنه ولم يقبضه القبض الناقل للضمان على مايأتى فإنه ينفسخ العقد بتلفه فى يد المشترى وإن ضمنه ضمان يد بالمثل أو القيمة (قوله من ضمان البائع) أى المالك وإن صدر العقد من وليه أو وكيله (قوله بتلفه) أى بآفة (قوله والتخيير بتعيينه) الأولى بتعييبه : أى بآفة (قوله لبقاء سلطنته) أى البائع (قوله أو قال أودعتك إياه) أى وأقبضه له (قوله مفروض فى ضمان اليد) وهو مايضمن عند التلف بالبدل الشرعى من مثل أو قيمة كالمغصوب والمستام والمعار ، وضمان العقد هو مايضمن بمقابله من ثمن أو غيره كالمبيع والثمن المعينين والصداق والأجرة المعينة وغير ذلك (قوله نعم لو وضعه) أى البائع بين يديه : أى المشترى(قوله ولا مانع له من قبضه) ومنه أن يكون بمحل لايلزمه تسلمه فيه كما هو ظاهر اه حج (قوله وما ذكره أولا) أى فى قوله وبحث الإمام الخ (قوله وآخرا) أى فى قوله ولو وضعه البائع على يمينه الخ (قوله وأنه متى قرب الخ) نعم إن كان ثقيلا لاتعد اليد حواء له . فإن كان محله للمشترى كفى وإلا فلابد من نقله اه خط مؤلف . أقول : وقد يقال فى الاكتفاء بكون المحل للمشترى نظرا لما يأتى أن المنقول إذا كان ثقيلا لابد من نقله إلى محل لايختص بالبائع ، فلا فرق فى الثقيل بين كونه فى ملك المشترى أو غيره ، وقد يقال : لامنافاة بين ماهنا وما يأتى لأن مايأتى مفروض فيما لو كان فى محل يختص بالبائع ، ومفهومه أنه إذا كان بمحل للمشترى لايجب نقله منه فالمسئلتان مستويتان (قوله كما ذكر) أى بحيث تناله يده

(باب) فى حكم المبيع ونحوه قبل قبضه

(قوله أو قال أودعتك إياه) أى قال المشترى للبائع ذلك (قوله نعم لو وضعه بين يديه الخ) هو استدراك على قوله سواء أعرضه على المشترى فلم يقبله أم لا ، وانظر هل يشترط هنا أن يكون الوضع بقصد الإقباض

حصل القبض وإن كان عن يمينه مثلا ، ويأتى مثله فى وضع المدين الدين عند دائنه خلافا لما فى الأنوار هذا كله بالنسبة لحصول القبض عن جهة العقد ، فلو خرج مستحقا ولم يقبضه المشترى لم يكن للمستحق مطالبته به لعدم قبضه له حقيقة ، وكذا لو باعه قبل نقله فنقله المشترى الثانى فليس للمستحق مطالبة المشترى الأول . قال الإمام وإنما يكون الوضع بين يدى المشترى قبضا فى الصحيح دون الفاسد ، وكذا تخلية الدار ونحوها إنما تكون قبضا فى الصحيح دون غيره ، واحترز المصنف بالمبيع عن زوائده المنفصلة الحادثة فى يد البائع كثمرة ولبن وبيض وصوف وركاز فإنها أمانة فى يد البائع لأن ضمان الأصل بالعقد وهو لم يشملها ولا وجد منه تعدّ (فإن تلف) بآفة سماوية أو حصل له ما فى معنى التلف كوقوع الدرة فى بحر لا يمكن إخراجها منه أو انفلات مالا يرجى عوده من طير أو صيد متوحش أو اختلاط نحو ثوب أو شاة بمثله ولم يمكن التمييز ، بخلاف نحو تمر بمثله لأن المثلية تقتضى الشركة فلا تعذر بخلاف المتقوم ، أو انقلاب عصير خمرا ولم يعد خلا . نعم يثبت للمشترى الخيار

(قوله ولم يقبضه) أى بأن لم يتناوله سواء بقى فى محله أو أخذه البائع (قوله مطالبته) أى المشترى (قوله وكذا لو باعه) أى البائع أو المشترى (قوله مطالبة المشترى الأول) أى لعدم قبضه له حقيقة (قوله قال الإمام) استظهار على ماذكره من قوله هذا كله بالنسبة الخ (قوله وصوف وركاز) أى وجده العبد المبيع . أما ماظهر من الركاز وهو فى يد البائع فليس مما ذكر لأنه ليس للمشترى بل للبائع إذا ادعاه وإلا فلمن ملك منه إلى أن ينتهى الأمر إلى المحيى فهو له وإن لم يدّعه (قوله فإن تلف بآفة) قيد به أخذا من بيان المصنف فيما يأتى إتلاف المشترى والبائع والأجنبى . وقال حج : ويصدق فيه : أى التلف البائع بالتفصيل الآتى فى الوديعة على الأوجه لأنه كالوديع فى عدم ضمان البدل اه (قوله نحو ثوب) أى ولو بأجود (قوله أو شاة بمثله) أى للبائع اه حج . ومفهومه أن اختلاط المتقوم بمثله لأجنبى لا يعد تلفا وهو كذلك لكن يثبت به الخيار للمشترى ، ثم إن أجاز واتفق مع الأجنبى على شىء فذاك وإلا صدق ذو اليد (قوله ولم يمكن التمييز) بخلاف ما إذا أمكن وهل يكفى إمكانه بالاجتهاد اه سم على حج . أقول : الظاهر نعم لكن ينبغى أن يثبت للمشترى الخيار (قوله نحو تمر بمثله) الظاهر من التمثيل أن المراد بنحو التمر اختلاط مثلى بمثله من جنسه ونوعه وصفته ، وعليه فقوله لأن المثلية الخ المراد بها المثلية الخاصة . أما لو اختلط مثلى بغير جنسه كما لو اختلط الشيرج بالزيت فينفسخ العقد فيما يظهر لتعذر المشاركة من غير تقدير انتقال ملك إذ المخلوط لو قسم لكان مايخص كل واحد بعضه من الزيت وبعضه من الشيرج فيكون أخذ غير حقه بلا تعويض ، ثم ظاهر كلامهم أنه لافرق فى المثلى بين كونه معلوم القدر والصفة أولا كما لو اشترى صبرة برّ جزافا (قوله أو انقلاب) عطف على قوله كوقوع الخ (قوله ولم يعد خلا) أى فمتى عاد خلا عاد حكمه وهو عدم الانفساخ ، وينبغى أن مثل عود العصير خلا مالو عاد الصيد على خلاف العادة كأن وقع فى شبكة صياد فأتى به وخروج الدرة من البحر ولا خيار للمشترى فيهما لأنهما لم تتغير صفتهما ، بخلاف انقلاب العصير خلا لاختلاف الأغراض بذلك (قوله نعم يثبت للمشترى الخيار) أى فيما لو عاد خلا ، وظاهره وإن كان قيمته أكثر من قيمة العصير ، ويوجه باختلاف

(قوله يمينه) أى عن يمين نفسه (قوله هذا كله بالنسبة لحصول القبض عن جهة العقد) أى بحيث يبرأ البائع عن ضمانه بالنسبة للغير مسئلة الاستحقاق الآتية : أى لأن الضمان فيها من ضمان اليد كما هو ظاهر ، وبحيث يصح تصرف المشترى فيه على الإطلاق (قوله ولم يقبضه المشترى) يعنى لم يتناوله (قوله وكذا لو باعه) أى المشترى إذ بيعه حينئذ صحيح كما علم مما مر (قوله واحترز المصنف الخ) لاحاجة إليه مع مامر من قوله دون زوائده ، وعبارة التحفة هنا : أما زوائده الخ فهو بيان للمحترز الذى زاده فيما مر (قوله أو انقلاب عصير خمرا) معطوف على وقوع درة (قوله ولم يعد خلا) عبارة الشهاب حج ما لم يعد خلا : أى فلا انفساخ ، لكن يتخير المشترى إذا عاد خلا

وهذا ما اقتضاه كلامهما فى باب الرهن وجرى عليه ابن المقرى هنا فى بعض النسخ وإن أطلقا هنا أنه كالتلف وإن عاد خلا ، ووقوع صخرة على أرض أوركوب رمل عليها لايمكن رفعهما كماجزما به فى الشفعة واقتضاه كلامهما فى الإجارة لكن رجحا هنا كونه تعييبا واعتمده بعضهم ، وفرق ببقاء عين الأرض والحيلولة لاتقتضى فسخا كالإباق والشفعة تقتضى تملكا وهو متعذر حالا لعدم الرؤية والانتفاع والإجارة تقتضى الانتفاع فى الحال ، وهو متعذر بحيلولة الماء وترقب زواله لانظر له لتلف المنافع ، وقد يمنع بأنهم لو نظروا هنا لمجرد بقاء العين لم يقولوا بالانفساخ فى وقوع الدرة وما بعده إلا أن يقال بأن الفرق بينهما واضح وهو عدم العلم ببقاء العين فى هذه بخلاف الأرض (انفسخ البيع) أى قدر انفساخه قبل التلف فتكون زوائده للمشترى حيث لم يختص الخيار بالبائع (وسقط الثمن) الذى لم يقبض ، فإن قبض وجب رده لفوات التسليم المستحق بالعقد فبطل كما لو تفرقا فى عقد الصرف قبل القبض وينتقل الملك فى المبيع للبائع قبيل التلف فتجهيزه عليه لانتقال الملك فيه إليه ،

الأغراض والخيار فيما ذكر فورى لأنه خيار عيب (قوله وهذا) أى عدم الانفساخ فيما لو انقلب خلا (قوله لايمكن رفعهما) أى عادة (قوله لكن رجحا هنا) معتمد (قوله كونه) أى وقوع الصخرة الخ (قوله لعدم الرؤية) قد يتوقف فيه بأن توقفها على ذلك لايمنع من الرؤية لجواز رؤية الأرض قبل الغرق ووقوع الصخرة عليها ، على أن الرؤية كما هى معتبرة فى الشفعة معتبرة فى صحة قبض المبيع والانتفاع المقصود من الشفعة هو المقصود من المبيع ، فإن الحاصل للمشترى بعد تمام الشراء حلّ الانتفاع بالمعقود عليه ، ولا كذلك المقصود بالشفيع الانتفاع بما آل إليه من الحصة فليتأمل (قوله وقد يمنع) أن الفرق (قوله وهو عدم العلم ببقاء العين) يؤخذ منه أنا لو علمنا بقاء العين فيهما كرؤية الدرة من وراء ماء صاف وقعت فيه ورؤية الصيد من وراء جبل مثلا عدم الانفساخ ، والظاهر أنه غير مراد (قوله فى هذه) أى وقوع الدرة وما بعده (قوله فتكون زوائده) أى الحادثة قبل الانفساخ (قوله لم يختص الخيار بالبائع) أى بأن كان للمشترى أو لهما وتم العقد للمشترى ، لكن هذا إنما يأتى حيث كان التلف بعد القبض . أما قبله فلا يتأتى تمامه للمشترى لانفساخه بمجرد التلف ، وقال حج : حيث لاخيار أو يخير وحده ، وهو يفيد عدم استحقاق المشترى الزوائد إذا كان الخيار لهما ، هذا وقد يقال : لايلزم من انفساخه بالتلف فى يد البائع عدم تمام العقد للمشترى إذا كان الخيار لهما لجواز أن التلف حصل بعد انقضاء مدة الخيار فيتبين أن الملك فى الزوائد للمشترى (قوله فتجهيزه عليه) قال فى شرح العباب : وعليه أيضا نقله عن الطريق إذا مات فيها كما فى الجواهر ، ويستفاد منه كما قاله الفتى أن من ماتت له بهيمة فى الطريق لزمه نقلها منها ، وأنها لو ماتت فى داره لم يجز له طرحها فى الطريق . قال : ولم يذكر فى الروضة تحريم وضع القمامة فى الطريق ، وإنما ذكر الضمان به . نعم ذكره الأذرعى عن البغوى وهو يؤيد مسئلتنا وهى تؤيده اهـ . والكلام فى غير المنعطفات ، فهى يجوز طرح القمامات فيها كما يدل عليه كلامهم فى الجنايات . وأما طرح الميت ولو

(قوله أو ركوب رمل عليها) يعنى الأرض ، والظاهر أن مرجع الضمير سقط من الكتبة فإن العبارة الخ السوادة للتحفة وصدرها أو غرقت الأرض بما لم يتوقع انحساره أو وقع عليها صخرة الخ ، ويدل على السقط قوله فيما يأتى وهو متعذر بحيلولة الماء (قوله أى قدر انفساخه قبل التلف) عبارة التحفة قبيل التلف بالتصغير (قوله حيث لم يختص الخيار بالبائع) عبارة التحفة حيث لاخيار أو يتخير : أى المشترى وحده انتهت ، وظاهر أنها الصواب (قوله وينتقل الملك فى المبيع للبائع) أى فيما إذا لم يكن خيار أو كان للمشترى وحده الذى تقدم عن التحفة ، وإلا فهو

ولا يستثنى من طرده مالو وضعه بين يديه عند امتناعه لما مر أنه قبض له ولا إحبال أبى المشترى الأمة وتعجيز مكاتب بعد بيعه شيئا لسيده وموت مورثه البائع لأن قبض المشترى موجود فى الثلاثة حكما وهو كاف، ولا من عكسه أيضا قبض المشترى له من البائع وديعة بأن كان له حق الحبس إذ تلفه بيده كتلفه بيد البائع كما صرحوا به لأنه لا أثر لهذا القبض ولهذا كان الأصح بقاء حبس البائع بعده، وما وقع للزركشى فى هذه آخر الوديعة مما يخالف ما تقرر سهو وإن أقره الشيخ رحمة الله عليه، ولا ما قبضه المشترى فى زمن خيار البائع وحده فتلفه حينئذ كهو بيد البائع فيفسخ العقد به وله ثمنه وللبائع عليه قيمته يوم تلفه لأن الملك حينئذ للبائع فلم يوجد فيه المعنى الذى فى البيع بعد الخيار وقبل القبض (ولو

نحو هر فينبغى حرمته حتى فى تلك المنعطفات لأن فيه أبلغ إيذاء للمارين اه ما فى شرح العباب . وينبغى أن يلحق بالميت فيما ذكر ما يعرض له نحو النتن من أجزائه ككرشه وإن كان مذكى للإيذاء المذكور ، وليتأمل بعد ذلك هذا الكلام مع كراهة التخلى فى الطريق فقط على المعتمد ، إلا أن يقال : الكلام هنا فى وجوب النقل عن الطريق ويلتزم ذلك فى الخارج إذا تضرر به الناس ، أو يفرق بأن ضرر الميتة ونحوها أشد من ضرر الخارج فليحرر انتهى سم على حج . خروج الخارج أيضا ضرورى ، وربما يضر به عدم خروجه فجوزه له ، وقوله فى غير المنعطفات : أى أما قارعة الطريق فيحرم رمى القمامات فيها وإن قلت فيما يظهر (قوله ولا يستثنى من طرده) وهو أنه متى تلف المبيع قبل القبض انفسخ البيع الخ (قوله لما مر أنه قبض) أى فإذا تلف كان من ضمان المشترى (قوله وتعجيز مكاتب) أى كتابة صحيحة (قوله وموت مورثه) أى المستغرق لتركته أما غيره فينبغى أن يحصل القبض فى قدر حصته دون ما زاد عليها (قوله وهو كاف) ومن استثناه استثناه من عدم القبض الحقيقى الذى هو المتبادر عند الإطلاق وألحقه بالقبض حكما (قوله ولا من عكسه) وهو أنه إذا تلف بعد القبض لا ينفسخ البيع بل يكون من ضمان المشترى (قوله بأن كان له) أى البائع حق الحبس ، مفهومه أنه لو لم يكن له حق الحبس وأودع المشترى المبيع حصل به القبض المضمن للمشترى ، وقد يؤخذ من قوله السابق الواقع عن البيع أن هذا لا يعد قبضا (قوله إذ تلفه بيده) أى المشترى (قوله بعده) أى قبض المشترى له وديعة (قوله فى زمن خيار البائع وحده) مفهومه إذا تلف بعض القبض والخيار للمشترى أو لهما لم ينفسخ ، وبه صرح حج هنا حيث قال : وخرج بوحده مالو تخير أو المشترى فلا فسخ بل يبقى الخيار ، ثم إن تم العقد غرم الثمن وإلا فالبدل (قوله وله) أى المشترى (قوله قيمته يوم تلفه) أى إن كان متقوما وإلا فمثله إن كان مثليا (قوله فلم يوجد فيه المعنى الخ) وهو تمكن المشترى من

لم يخرج عن ملكه ولا بالتبين كما لا يخفى (قوله وتعجيز مكاتب الخ) كأن وجه إيراد هذه وما بعدها أن المبيع خرج عن كونه مبيعا لدخوله فى ملك المشترى بوجه آخر هو التعجيز أو الإرث فكأنه تلف ، لكن فى الجواب حينئذ نظر لأنه لم يقبضه عن جهة البيع ، وما المانع من تسليم انفساخ البيع فى هاتين المسئلتين ، ولعل المانع أنه يلزم عليه أن بقية الورثة يشاركون المشترى وأن البائع للمكاتب يرجع فى عين مبيعه لإفلاس المكاتب ، ثم رأيته فيما يأتى فى شرح قول المصنف ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه صرح بأنه يدخل فى ملك السيد أو الوارث بالتعجيز أو الإرث لا بالشراء ، فعليه لا يصح إيراد هاتين هنا ومن ثم قال الشهاب حج بعد إيرادهما : والجواب عنهما بما مر فى كلام الشارح على أنه يأتى فى الأخيرتين ما يبطل ورودهما من أصلهما اه . وحينئذ لو كان هناك وارث آخر يشارك فى الأخيرة ثم رأيت الشهاب سم صور المسئلة بما إذا تلف المبيع بعد تعجيز المكاتب وموت المورث لأنه قضية استثناء ذلك من الطرد ، وهو أنه لو تلف المبيع قبل القبض انفسخ البيع وسقط الثمن ، ثم نقل عن شرح

أبرأه المشترى عن الضمان لم يبرأ فى الأظهر) إذ هو إبراء عما لم يجب وهو غير صحيح وإن وجد سببه . والثانى يبرأ لوجود سبب الضمان فلا ينفسخ به البيع ولا يسقط به الثمن (ولم يتغير الحكم) السابق ، وفائدة هذا كما قاله الزركشى نفى توهم عدم الانفساخ إذا تلف وأن الإبراء كما لايرفع الضمان لايرفع الفسخ بالتلف ولا المنع من التصرف وإن زعم بعضهم عدم فائدته (وإتلاف المشترى) للمبيع حسا أو شرعا يعنى المالك وإن لم يباشر العقد ، لا وكيله وإن باشر بل هو كالأجنبى نبه عليه الزركشى ، وسواء فى ذلك أذن له المالك فى القبض أم لا وإتلاف قنه بإذنه (قبض) له (إن علم) أنه المبيع ولم يكن لعارض يبيحه فخرج قتله لزناه بأن زنى ذميا محصنا ثم حارب ثم أرق ، أو لردته أو لنحو تركه الصلاة أو قطعه الطريق وهو إمام أو نائبه ، وإلا كان قابضا لأنه لايجوز له لما فيه من الافتيات على الإمام ، فلا نظر لكونه مهدرا وقتله لصياله عليه أو لمروره بين يديه وهو يصلى بشرطه أو لقتاله مع بغاة أو مرتدين أوقودا ، فلا يكون فى هذه الصور كلها قبضا سواء أكان عالما أنه المبيع أم جاهلا لأنه لما أتلفه بحق كان تلفه واقعا عن ذلك الحق دون غيره (وإلا) أى وإن لم يعلم المشترى أنه المبيع ، قال الشارح : وقد أضافه به البائع (فقولان كأكل المالك طعامه المغصوب) حال كونه (ضيفا) للغاصب جاهلا أنه طعامه أظهرهما أنه يصير قابضا تقديما للمباشرة فكذا هنا أيضا ، وفى معنى إتلافه كما مر مالو اشترى أمة فأحبلها أبوه أو سيد من مكاتبه أو وارث من مورثه شيئا ثم عجز المكاتب أو مات المورث ، وإنما قيد الشارح

التصرف فيه (قوله لم يبرأ فى الأظهر) ظاهره وإن اعتقد البائع صحة البراءة وهو ظاهر لأن علة الضمان كونه فى يده وهى باقية (قوله وإن وجد سببه) وهو العقد (قوله وفائدة هذا) أى قوله ولم يتغير الخ (قوله نفى توهم الخ) فى توهم ذلك بعد لما مر من أن المراد بالضمان انفساخ العقد بتلفه على التفصيل المذكور فيه فكيف بعد تصوير الضمان بالتلف بالانفساخ يتوهم عدمه . نعم هو ظاهر بالنسبة لقوله ولا المنع من التصرف ومن ثم اقتصر ع : على جعل الفائدة فيه عدم صحة التصرف (قوله عدم فائدته) أى قوله ولم يتغير الخ (قوله وإتلاف المشترى) هذا إن كان الخيار له أولهما وإلا انفسخ كما يدل عليه كلام الروض وشرحه فى باب الخيار وبيناه فى حواشى شرح البهجة اهـ سم على حج . وقد يستفاد ذلك من قول الشارح قبل ولا قبضه المشترى فى زمن خيار البائع وحده . وقول سم : وإلا انفسخ : أى فيسترد المشترى الثمن ويغرم للبائع بدل المبيع من قيمة أو مثل (قوله لا وكيله) أى ولا وليه من أب أو جد أو وصى أو قيم فلا يكون إتلافهم قبضا (قوله وإن باشر) صلة وكيله (قوله ولم يكن لعارض) كالصيال أو استحقاق المشترى القصاص (قوله أو لردته) واستشكل بأنه غير مضمون . وأجيب بأن ضمان العقود لاينافى عدم ضمان القيم اهـ سم على منهج : يعنى فحيث كان المشترى غير الإمام وأتلفه استقر ثمنه عليه وإن كان هدرا لو أتلفه غير المشترى (قوله وهو إمام) قيد فى قتله للزنا وما بعده (قوله أو وارث) أى حائز وإلا لم يحصل القبض إلا فى قدر نصيبه فقط . قال فى الروض بعد ذلك : وما اشتراه : أى من مورثه قبل قبضه فله بيعه وإن كان : أى مورثه مديونا ودين الغريم متعلق بالثمن وإن كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه فى قدر نصيب الآخر حتى

الإرشاد ماهو صريح فيما قدمته من التصوير والتوجيه ، ثم قال عقبة : ولا يخفى أن هذا صنيع وسياق آخر ونازع فيه بما قدمته فليراجع (قوله وقد أضافه به البائع) لايناسب ماقدمه من إدخاله فى إفراد المسئلة غير المأكول وجعله من مشمولات المتن ، فكان عليه إما أن يراعى الخلاف فيفرض المتن فى خصوص الطعام كما صنع الجلال ثم يلحق به غيره فى الحكم ، أو أن لايراعى الخلاف فيحذف هذا القيد هنا كما صنع حج

بما تقدم لأجل محل الخلاف والتشبيه، وإلا فالحكم كذلك فيما لو قدمه أجنبي أو لم يقدمه أحد مع أن الخلاف جار في الأولى أيضا، ثم محل ما ذكر في إتلاف المشتري حيث كان أهلا للقبض فلو كان صبيا أو مجنونا فالقياس أن إتلافه ليس بقبض وعليه البدل وعلى البائع رد الثمن المعين ، وقد يحصل التقاص إذا أتلف البائع الثمن أو تلف بيده، وقد صرح بذلك الشيخان في الجنايات وإن صرح القاضي الحسين وغيره بأنه قبض (والمذهب أن إتلاف البائع) المبيع قبل قبضه (كتلفه) بآفة سماوية فينفسخ به العقد لتعذر الرجوع عليه بقيمة لأنه مضمون عليه كالثمن فإذا أتلفه سقط الثمن ولو استوفى منافعه لم يلزمه لها أجرة لضعف ملك المشتري وإن تعدى بحبسه مدة لمثلها أجرة خلافا للغزالي وكونه من ضمان البائع

يقبضه اهـ سم على حج . قال على منهج : ووجهه أن الوارث الآخر قائم مقام المورث ويده كيده في قدر نصيبه فكأنه لم تزل يد المورث ولم تنتقل اليد المشتري (قوله بما تقدم) أي في قوله وقد أضافه به الخ (قوله فلو كان) أي المشتري صبيا بأن اشتراه له وليه وأتلفه هو وفي تسميته مشتريا تجوز (قوله ليس بقبض) بل ينفسخ به العقد اهـ حج (قوله رد الثمن المعين) أو غيره ، فلو أسقط المعين كان أولى إلا أن يقال : أراد بالمعين أعم من أن يكون في العقد أو عما في الذمة (قوله وقد صرح بذلك الشيخان) أي بأن إتلافه ليس قبضا (قوله أن إتلاف البائع الخ) قال الأذرعي : ولينظر فيما لو أكره البائع على إتلافه هل يكون كالمختار على المرجح أو يتخير المشتري بين الفسخ والإجازة ومطالبة المكره لم أر فيه نقلا اهـ حواشي شرح الروض . أقول : الظاهر الأول لأنهم جعلوا المتلف لمال الغير بالإكراه طريقا في الضمان فنسبوا الفعل إليه حيث ضمنوه وذلك يقتضي نسبة الإتلاف إليه فيتفسخ العقد ، ويحتمل وهو الظاهر عدم الانفساخ لوجوب الضمان على المكره بكسر الراء والبدل قائم مقام مبدله فيتخير المشتري وبقي عكسه وهو ما لو أكره المشتري على إتلافه هل يكون قبضا أو لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثاني بدليل أن قبض الصبي والمجنون لا يعتد به لكون كل منهما ليس أهلا وفعل المكره كلا فعل ، وعلى هذا فالفرق بين إكراه البائع حيث اعتد به وقلنا بانفساخ البيع بإتلافه على الاحتمال الأول فيه وعدم الاعتداد بفعل المشتري حيث قلنا ليس قبضا أن قبض المشتري لكونه ناقلا للضمان مبيحا لحل التصرف فألحق بالعقد فاعتبر فيه ما يعتبر لصحته حتى لا يعتد به ممن لم ير المبيع ولا من الصبي ولو مراهقا ، بخلاف إتلاف البائع فإنه لم يعتبر فيه شيء من ذلك ، ويحتمل في صورة العكس أن إتلاف المشتري قبض لاعتدادهم بفعله في الجملة حيث جعلوه طريقا في الضمان ، لكن الأول أظهر ، بقي ما لو تلف المبيع واختلف البائع والمشتري هل وقع التلف قبل القبض أو بعده ، وينبغي أن يقال : إن أقاما بينتين قدمت بينة البائع لموافقتها للأصل وهو استمرار العقد ، وإن لم يقيما بينتين صدق المشتري لأن البائع يدعي عليه القبض والأصل عدمه ، ويحتمل عند إقامة البينتين تقديم بينة المشتري لأنها ناقلة قبل القبض من السلامة إلى التلف وبينة البائع مستصحبة لأصل السلامة إلى ما بعد القبض (قوله قبل قبضه) أو بعده وهو فاسد كأن كان للبائع الحبس ومن إتلافه نحو بيعه ثانيا لمن تعذر استرداده منه اهـ حج . ولعل الفرق بين ما تعذر استرداده وبين المغصوب من البائع حيث قيل فيه بثبوت الخيار للمشتري دون الانفساخ أن زوال اليد المستندة لعقد فاسد أبعد من زوال يد الغاصب عادة فإن غالب العقود الفاسدة لا يحصل معها رجوع المبيع للبائع أصلا ، بخلاف المغصوب فإن توقع زوال الغصب عنه غالب ، وبأن وضع المشتري الثاني يده على المبيع حصل بتسليط من البائع ، والغالب في الغصب

(قوله وكونه من ضمان البائع) معطوف على قوله لضعف ملك المشتري ، وقوله وإن تعدى الخ غاية في أصل الحكم فكان المناسب تقديمه على العلل كلها

وتنزيلا للمنافع منزلة العين التي لو أتلفها لم تلزمه قيمتها ، وإنما ملك المشترى الفوائد الحادثة بيد البائع قبل القبض لأنها أعيان محسوسة مستقلة فلا تبعية فيها لغيرها ، وبذلك علم ردّ ما أطال به الأذرعى هنا ، ومقابل المذهب قوله أنه لاينفسخ البيع بل يتخير المشترى ، فإن فسخ سقط الثمن ، وإن أجاز غرم البائع القيمة وأدى له الثمن وقد يتقاصان. ولو أخذ المشترى المبيع بغير إذن البائع حيث له حق الحبس فله استرداده منه فلو أتلفه البائع إتلافا مضمنا فى يد المشترى فى هذه الحالة جعل مستردا له بالإتلاف كما أن المشترى قابض بالإتلاف كما جزم به ابن المقرى، لكن هل ينفسخ البيع أو يخير المشترى ؟ وجهان أرجحهما أولهما كما قاله السبكى وغيره ، ولو أتلفه البائع والمشترى معا لزم المبيع فى نصفه كما قاله الماوردى ، وانفسخ البيع فى نصفه الآخر لأن إتلاف البائع كالآفة ويرجع البائع عليه بنصف الثمن ولا خيار له فى فسخ ماقد لزمه بجناية وإتلاف الأعجمى وغير المميز بأمر أحد العاقدين أو بأمر الأجنبى كإتلافه ، فلو كان بأمر الثلاثة فالقياس كما قاله الأسنوى أنه يحصل القبض فى الثلث والتخيير فى الثلث والانفساخ فى الثلث . لايقال : يلزم على ذلك تفريق الصفقة على البائع وهو ممتنع . لأنا نقول : فعله اقتضى ذلك وهو أمر من ذكر بالإتلاف فصار بمنزلة رضاه بتفريقها . أما إتلاف المميز بأمر واحد منهم فكإتلاف الأجنبى بلا أمر وإذن المشترى للأجنبى أو للبائع فى إتلافه لغو لعدم استقرار الملك بخلاف الغاصب حيث يبرأ بذلك وإتلاف عبد البائع ولو بإذنه كالأجنبى ، وكذا عبد المشترى فغير إذنه ، والفرق بينهما تشوّف الشارع لبقاء العقود ، فإن أجاز جعل قابضا ولو أتلفته دابة المشترى نهارا انفسخ البيع أو ليلا فله الخيار فإن فسخ طولب بما أتلفت

أنه بمجرد التعدى من الغاصب فنزل تسليط البائع منزلة إتلافه فليتأمل (قوله التي لو أتلفها) يؤخذ منه أنه لو استعمل زوائد المبيع لزمته الأجرة لأنها أمانة فى يده فليست مثل المبيع (قوله حيث له) أى البائع حق الحبس بأن لم يقبض الثمن الحال (قوله ولا خيار له) أى المشترى (قوله ماقد لزمه) وهو النصف الذى باشر إتلافه لايتخير فيه بين الفسخ والإجازة لتفرق الصفقة عليه ، بل يستقرّ عليه ما يقابله من الثمن لقبضه له بالإتلاف (قوله وغير المميز) أى ولو بهيمة (قوله فكإتلاف الأجنبى) أى فيتخير المشترى كما يأتى إن أتلفه بأمر البائع أو أجنبى ويكون إتلافه قبضا إن كان بإذن المشترى (قوله حيث يبرأ بذلك) أى إتلاف الأجنبى بإذن المالك (قوله كالأجنبى) أى فيتخير المشترى ، فإن فسخ أخذ الثمن من البائع وتعلق البائع برقبة العبد وإن أجاز تعلق ضمانه برقبة العبد (قوله والفرق) أى بين عبد البائع وعبد المشترى (قوله نهارا) كذا عبروا بالليل والنهار فى إتلاف الدواب فقالوا ما أتلفته الدابة نهارا هدر وما أتلفته ليلا فضمون على صاحبها . قال بعضهم : والتعبير بالليل والنهار جرى على الغالب وإلا فالمدار على ماجرت العادة بحفظ الدوابّ فيه ليلا كان أو نهارا ، فالوقت الذى اعتيد فيه الحفظ إذا أتلفت فيه شيئا ضمنه ، والذى لم يعتد إذا أتلفت فيه شيئا لايضمنه ولو اعتيد حفظها ليلا ونهارا ضمن فيهما وينبغى جريان

(قوله فالقياس كما قاله الأسنوى أنه يحصل القبض فى الثلث الخ) انظر لو تعدّد المشترى أو البائع أو الأجنبى هل ينظر إلى الرؤوس أو يجعل المشترى وإن تعدّد قسما وكذلك البائع والأجنبى ، والظاهر الأوّل فليراجع (قوله لأنا نقول فعله اقتضى ذلك الخ) قضيته أنه لو كان الآمر المتلف المشترى أو الأجنبى فقط لايتخير المشترى فى حصة الأجنبى لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا فعل له فليراجع (قوله والفرق بينهما) يعنى والفرق بين ما أفهمه قوله وكذا عبد المشترى بغير إذنه من أنه إذا كان بإذنه لايكون كالأجنبى بل يكون قابضا وبين عبد البائع بإذنه (قوله فإن أجاز) يعنى المشترى فيما لو كان المتلف عبده بغير إذنه (قوله فإن فسخ طولب بما أتلف)

أو بهيمة البائع فكالآفة : وإنما لم يفرق فيها بين الليل والنهار كبهيمة المشترى لأن إتلافها إن لم يكن بتفريط من البائع فآفة أو بتفريط منه فقد مر أن إتلافه كالآفة بخلاف إتلاف بهيمة المشترى فنزل بالنهار منزلة إتلاف البائع لتفريطه بخلافه ليلا . لايقال : إتلافها ليلا إما بتقصير المشترى فيكون قبضا أو لا فكالآفة فينفسخ به البيع فلا وجه لتخييره . لأنا نقول : هوبتقصيره ولما لم يكن إتلافها صالحا للقبض خير . فإن أجاز فقابض أو فسخ طالبه البائع بالبدل كما تقرر ولهذا قال ابن الرفعة وغيره : إن محل ذلك إذا لم يكن مالكها معها وإلا فإتلافها منسوب إليه ليلا كان أو نهارا . وقال الأذرعي : إنه صحيح ، وجزم به الشيخ فى الغرر وإن رده فى شرح الروض ولو كانت مع غيره فالإتلاف منسوب إليه (والأظهرأن إتلاف الأجنبي) الملتزم للأحكام للمبيع فى غير عقد الربا وإن كان بإذن المشترى فيه لانتفاء استقرار ملكه (لايفسخ) البيع لقيام بدل المبيع مقامه (بل يتخير المشترى) فورا على أوجه الوجهين كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى(بين أن يجيز ويغرم الأجنبي) البدل (أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي) البدل . أما إتلافه له بحق نظير ما مر فى المشترى أو وهو حربى فكالآفة . وأما إتلافه للربوى فيفسخ به العقد لتعذر التقابض والبدل لايقوم مقامه فيه ، ولا ينافى ماتقرر فى الإجارة من أنه لو غصب أجنبي العين المستأجرة حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة ، ولم يخير المستأجر كما هنا لأن المعقود عليه هنا المال وهو واجب على الجانى فتعدى العقد من العين إلى بدلها . بخلاف المعقود عليه ثم فإنه المنفعة وهى غير واجبة على متلفها فلم يتعد العقد منها إلى بدلها ، وأيضا المنافع لا وجود لها بنفسها ، فإن لم يستعمل الغاصب فقد تلفت بنفسها فالحكم كالتلف بالآفة السماوية ، وإن استعمل فإنما أوجد مايخصه فكأنه لم يوجد ماعقد عليه المستأجر ، ففرق بين موجود أتلف وبين معدوم لم يوجد أو وجد لكن عين وجوده عين تلفه ، ومقابل الأظهر أن البيع ينفسخ كالتلف بآفة (ولو تعيب) المبيع (قبل القبض) بآفة سماوية (فرضيه) المشترى بأن أجاز البيع (أخذه بكل الثمن) كما لو كان العيب مقارنا ولا أرش له لقدرته على الفسخ ، ويتخير أيضا بغصب المبيع وإباقة وجحد البائع للمبيع ولا بينة (ولو عيبه المشترى

كل ذلك هنا (قوله فكالآفة) أى فينفسخ العقد مطلقا سواء كان معها أم لا (قوله أن محل ذلك) أى محل التخيير بإتلاف دابة المشترى ليلا (قوله إنه صحيح) أى ماقاله ابن الرفعة (قوله وجزم به الشيخ) معتمد (قوله أن إتلاف الأجنبي) أى بغير حق اه حج . وعليه فيتضح قوله أما إتلافه له بحق الخ (قوله منسوب إليه) أى الغير (قوله مقامه) مبدل منه (قوله فيه) أى التقابض (قوله انفسخت الإجارة الخ) أى ويرجع المستأجر على المؤجر بالأجرة إن كان قبضها وإلا سقطت على المستأجر ، وظاهره ولو كان الغصب على المستأجر نفسه ، وحيث قلنا بانفساخ الإجارة رجع المؤجر على الغاصب بأجرة العين المغصوبة مدة وضع يده عليها وإن لم يستعملها ولا يختص انفساخ العين المؤجرة بالغصب بما لو كان قبل القبض بل غصبه بعد قبض المشترى كغصبه قبله لأن قبض العين ليس قبضا حقيقيا (قوله بخلاف المعقود عليه ثم) أى فى الإجارة(قوله فإنما أوجد مايخصه) وهو الاستعمال (قوله بأن أجاز) أى أو لم يفسخ لسقوط الخيار بذلك بناء على أنه فورى (قوله ويتخير أيضا) وهو على التراخى كما فى شرح

أى وإن أجاز فقابض كما سيأتى (قوله الملتزم) أى بغير حق كما ذكره الشهاب حج ، وسيأتى محترزه فى كلام الشارح فكأنه سقط من الكتبة من نسخ الشارح بدليل أخذه مفهومه (قوله وهو واجب على الجانى) يعنى جنس المال (قوله وهى غير واجبة على متلفها) يعنى جنس المنفعة لأن الواجب عليه الأجرة وهى مال لامنفعة . فالحاصل أن الواجب هناك من جنس المتلف فقام مقامه ، بخلافه هنا فإنه من غير جنسه فلم يتعد العقد إليه ،

فلا خيار) له لحصوله بفعله بل يمتنع به رده لو ظهر به عيب قديم كما مر ويصير لما أتلفه قابضا فتستقرّ عليه حصته من الثمن وهو مابين قيمته سليما ومعيبا ، ويفارق تعييب المستأجر واجب الزوجة بأن هذا منزل منزلة القبض لوقوعه فى ملكه وذينك لايتخيل فيهما ذلك (أو) عيبه (الأجنبى) التزم تعييبا مضمنا (فالخيار) على الفور ثابت للمشترى لكونه مضمونا على البائع (فإن أجاز غرم الأجنبى الأرش) لأنه الجانى ، لكن بعد قبض المبيع لا قبله لجواز تلفه بيد البائع فينفسخ البيع كما قاله الماوردى ونقلاه عنه وأقرّاه وما اعترض به الزركشى ذلك فيه نظر ، ومراد المصنف بالأرش فى الرقيق ما يأتى فى الديات وفى غيره مانقص من قيمته ففى يد الرقيق نصف قيمته لا مانقص منها إن لم يصر غاصبا ، وإلا ضمن أكثر الأمرين من نصفها وما نقص منها ، ولو كان القاطع ابن المشترى فمات أبوه قبل أن يختار وانتقل إرثه للقاطع ثبت له الخيار لحق الإرث على أوجه الاحتمالين للرويانى ، فإن أجاز لم يغرم شيئا إذ لايجب له على نفسه شىء وإن فسخ فعليه ما على الأجنبى (ولو عيبه البائع فالمذهب ثبوت الخيار) للمشترى على الفور جزما لأنه إما كالآفة أو إتلاف الأجنبى وكل منهما يثبت الخيار ، فقوله المذهب إنما هوفقوله (لا التغريم) بناء على الأصح أن فعله كالآفة لا كفعل الأجنبى ، فإن شاء المشترى فسخ وإن شاء أجاز بجميع الثمن لما مرّ (ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه) ولو تقديرا بالإجماع فى الطعام لخبر « من ابتاع طعاما فلا يبعه

الروض ، والفرق بينه وبين الخيار بتعييب الأجنبى أن الضرر هنا يتجدد بدوام الغصب والإباق والإنكار ، بخلاف تعييب الأجنبى فإنه شىء واحد لم يتجدد منه شىء بعد ماحصل فكان عدم مبادرته للفسخ رضا به ولم يتجدّد به شىء يزيل أثر الرضا (قوله فتستقر عليه حصته) أى بالنسبة للتفاوت بين قيمته سليما ومعيبا (قوله ويفارق تعييب الخ) أى حيث تخيرا (قوله كما قاله الماوردى) أى وبتقدير فسخه يتبين أنه لا أرش للمشترى فلا معنى لأخذه ماقد يتبين أنه ليس له (قوله وما اعترض به الزركشى) أى من أنه يلزم هذا عدم تمكن البائع من المطالبة أيضا وأنه لو غصب المبيع قبل القبض لايتمكن واحد منهما من المطالبة (قوله ذلك) أى ماقاله الماوردى (قوله فيه نظر) ووجه النظر أن وجه عدم مطالبته المشترى قبل القبض احتمال التلف المؤدى لانفساخ العقد ، وهذا منتف فى تعييب الأجنبى وغصبه ولكن يخلفه أمر آخر وهو احتمال بل ظهور قبض المشترى له ويستقرّ عليه الثمن فلا يكون للبائع حق فى الأرش (قوله نصف قيمته) أى إذا كان الجانى أجنبيا ، أما المشترى فالأرش ثبت فى حقه جزء من الثمن نسبته إلى الثمن مانقص العيب من القيمة إليها لو كان سليما ، فلو كانت قيمته ثلاثين ومقطوعا عشرين استقر عليه ثلث الثمن ، أو سليما ستين ومقطوعا عشرين استقر عليه ثلثاه (قوله فعليه ما على الأجنبى) وهو الأرش وتظهر فائدته فيما لو كان على المورث دين فيجب عليه الأرش ويتعلق به الغرماء ويسقط عنه الثمن (قوله إن فعله) أى البائع (قوله لما مرّ) أى فى قوله ولا أرش لقدرته على الفسخ (قوله قبل قبضه) قال فى شرح الروض : وإن أذن البائع وقبض الثمن اه سم على حج (قوله ولو تقديرا) أى ولو كان القبض المنفى تقديرا كأن اشترى طعاما مقدرا

(قوله ولو تقديرا) غاية فى القبض فكأنه قال : لايصح بيعه قبل قبضه الحقيقى والتقديرى : أى فالشرط وجود القبض ولو التقديرى حتى يصح التصرف إذا وضعه البائع كما مرّ وإن لم يحصل القبض الحقيقى ، وما فى حاشية الشيخ مما حاصله يرجع إلى أنه غاية فى المبيع فكأنه قال : لايصح بيع المبيع ولو مقدرا بنحو الكيل أو الوزن قبل قبضه يبعده أنه لو كان هذا غرضه لكن المناسب فى الغاية أن يقول ولو غير مقدر ، إذ المقدر يشترط فيه مالا يشترط فى غيره كما لا يخفى

حتى يستوفيه » وخبر حكيم بن حزام بسند حسن « يا ابن أخى لاتبيعن شيئا حتى تقبضه » وعلته ضعف الملك لا نفساخه بتلفه كما مر ، وتعبيره بلا يصح أنص على الغرض من تعبير كثير بلا يجوز ، وخرج بالمبيع زوائده الحادثة بعد العقد فيصح بيعها لانتفاء ضمانها كما مر ، ويمتنع التصرف بعد القبض أيضا إذا كان الخيار للبائع أو لهما كما علم مما مر ، وشمل كلامه مالو كان المبيع معينا أو فى الذمة ولا يرد على المصنف كما مرت الإشارة إليه إحبال أبى المشترى الأمة المبيعة قبل القبض لأنها به تنتقل لملك الأب فيلزم تقدير القبض قبله ، ولانفوذ تصرف الوارث أو السيد فيما اشتراه من مكاتبه فعجز نفسه أو مورثه ولا وارث له غيره فمات قبل القبض لعوده له بالتعجيز والموت فلم يملك بالشراء ، ولا بيع العبد من نفسه لأنه عقد عتاقة ، ولاقسمته لأنها وإن كانت بيعا إلا أنها ليست على قوانين البيوع لأن الرضا فيها غير معتبر فلا يعتبر القبض قبل كالشفعة (والأصح أن بيعه للبائع كغيره) لعموم النهى السابق ولضعف الملك والثانى يصح كبيع المغصوب من الغاصب ، ومحل الخلاف إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة وإلا فهو إقالة بلفظ البيع كما نقلاه عن المتولى وأقراه فيصح ، وبناهما القاضى على أن العبرة فى العقود باللفظ أو بالمعنى ، والمعوّل عليه عدم إطلاق القولين بترجيح واحد منهما مطلقا بل تارة يراعون هذا وتارة يراعون هذا بحسب المدرك (و) الأصح (أن الإجارة والرهن) والكتابة (والهبة) والصدقة والإقراض

بالكيل فقبضه جزافا لايصح التصرف فيه حتى يكيله ويدخل فى ضمانه (قوله ياابن أخى) ذكره تعطفا به (قوله بلا يجوز) أى لأنه لايلزم من عدم الجواز عدم الصحة كالبيع وقت نداء الجمعة وكبيع العنب لعاصر الخمر (قوله فلم يملكه بالشراء) قضيته انفساخ البيع بموت المورث فلينظر سبب ذلك ، بل قد يقال ، تعلق الدين مع ذلك بالثمن كما صرح به الروض كغيره يدل على أنه يملكه بالشراء اهـ سم على حج . ويصرح به قول الشارح قبل وفى معنى إتلافه : أى المشترى كما مرّ ما لو اشترى أمة فأحبلها أبوه إلى آخر ماذكر ، وأراد بما مرّ قوله قبل ولا إحبال أبى المشترى الأمة إلى أن قال : لأن قبض المشترى موجود فى الثلاثة حكما (قوله ولا بيع العبد من نفسه) أى قبل قبضه اهـ سم على حج (قوله ولا قسمته) أى المبيع أى إذا كانت غير رد على مايؤخذ من قوله لأن الرضا فيها غير معتبر (قوله وبناهما) المتبادر رجوع الضمير للأصح ، ومقابله وهو غير مراد بل الظاهر أن ثم من قال بعدم الصحة فيما لو باع بمثل الثمن المشار إليه بقوله وإلا فهو إقالة الخ وأن القاضى أشار إلى بناء هاتين المقالتين (قوله بل تارة يراعون) أى والغالب عليهم مراعاة اللفظ مالم يقو جانب المعنى ومن ثم وقع فى عبارة غير واحد أن العبرة فى العقود

(قوله وخبر حكيم بن حزام) أى فى غير الطعام فهو معطوف على قوله بالإجماع ، وقوله لخبر من ابتاع الخ بيان المستند الإجماع فتأمل (قوله ولا يرد على المصنف كما مرت الإشارة إليه إحبال أبى المشترى الخ) كأن وجه ورود هذه أنا نقدر قبل دخولها فى ملك الأب بالإيلاد أن المشترى باعها له وإلا فلا وجه لورودها (قوله فلم يملكه بالشراء) هذا لايلائم ماقدمه فى هاتين المسئلتين ، ويوافق مامرّ قول الروض وما اشتراه من مورثه : ومات قبل قبضه فله بيعه وإن كان مديونا ودين الغريم متعلق بالثمن وإن كان له وارث آخر ينفذ بيعه فى قدر نصيب الآخر حتى يقبضه اهـ . إذ هو صريح فى أنه ملكه بالشراء ، وفى كلام الأذرعى هنا مايوافق ماذكره الشارح هنا ، وبالجملة فكلامهم فى مسئلة الإرث والكتابة كالمضطرب فليحرر (قوله ولا بيع العبد من نفسه) أى قبل قبضه (قوله ولا قسمته) أى تعديلا إذ الإفراز ليس بيعا فلا وجه لوروده ، والرد لابد فيه من الرضا (قوله وبناهما القاضى على أن العبرة فى العقود الخ) صوابه ونباه بإفراد الضمير ، وعبارة القوت والوجهان إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة وإلا فهو إقالة بلفظ البيع ، قاله فى التتمة ، وبناه القاضى الحسين على أن النظر لصيغ

وجعله عوض نكاح أوخلع أو صلح أو سلم والتولية والإشراك فيه (كالبيع) فلا يصح لأن كلا منها عقد يقصد به تمليك المال فى الحال فأشبه البيع ، والثانى يصح بناء على أن العلة فيه توالى ضمانين ، وأفهم إطلاقه منع الرهن عدم الفرق بين رهنه من البائع وغيره وبين أن يكون له حق الحبس أولا ، وهو ما اقتضاه كلام الروضة وأصلها وإن نقل السبكى عن النص واعتمده هو ومن تبعه أن محل منعه من البائع إن كان بالثمن حيث له حق الحبس لانتفاء فائدة الرهن إذ هو محبوس بالدين وإلا جاز . وقضية قولهم وإلا جاز صحته منه بغير الثمن وإن كان له حق الحبس . وقضية العلة خلافه وهو الأوجه ، وخرج بإجارة المبيع مالو أجر المستأجر العين المؤجرة قبل قبضها فإنها صحيحة ، لكن من المؤجر فقط لأن المعقود عليه فيها المنافع وهى لاتصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيه عدم قبضها . لايقال : قضية العلة صحتها من غير المؤجر أيضا لأنا نقول : مرادنا بنفى إمكان قبض المنافع نفى إمكان قبضها الحقيقى لتصريحهم كما يأتى فى السلم بأن قبضها بقبض محلها ، ولقوة جانب المؤجر لم يشترط فيه هذا القبض التقديرى بخلاف غيره (و) الأصح (أن الاعتاق بخلافه) فيصح لتشوف الشارع له ، وسواء أكان للبائع حق الحبس أم لا لقوته وضعف حق الحبس ومثله الاستيلاء والتدبير والتزويج والقسمة وإباحة نحو الطعام اشتراه جزافا للفقراء ، والوقف وإن احتاج إلى قبول كما فى المجموع خلافا لما فى الشرح والروضة عن التتمة من أن الوقف إن شرط فيه القبول فكالبيع وإلا فكالإعتاق ، مع أن الأصح كما يأتى فى كلام المصنف فى باب الوقف اشتراط قبول المعين . وسواء أكان المشترى موسرا أم معسرا ، وإنما لم ينفذ إعتاق الراهن لمعسر لأنه حجر على نفسه . والثانى لايصح كالبيع لاشتراكهما فى إزالة الملك ، وفارق الإعتاق الكتابة بأن له قوة لاتوجد فيها ، ولا يصح العتق على مال لأنه بيع ولا عن كفارة الغير

بالألفاظ (قوله وهو ما اقتضاه كلام الروضة) معتمد (قوله إن كان بالثمن الخ) ضعيف (قوله وقضيه العلة) وهى قوله لأن كلا منها عقد الخ (قوله فإنها صحيحة) أى ولو بأكثر من الأجرة الأولى أو بغير جنسها أو صفتها (قوله فلم يؤثر فيه عدم قبضها) قضيته أن مثل المبيع الصداق وعوض الخلع وغيرهما من كل ماملك بعقد من الأعيان وهو ظاهر (قوله والقسمة) أى إذا كانت غير رد لما تقدم من قوله لأن الرضا فيها غير معتبر (قوله وإن احتاج إلى قبول) بأن كان على معين (قوله عن التتمة) زاد فى المنهج الوصية أيضا فتكون الصور ثمانية (قوله لأنه حجر) أى بالرهن (قوله بأن له) أى الاعتاق (قوله لاتوجد فيها) أى الكتابة (قوله ولا يصح العتق على مال) أى من غير العبد المبيع لما مر من صحة البيع العبد من نفسه ولقوله هنا لأنه بيع (قوله ولا عن كفارة الغير) أى بل

العقود أو لمعانيها إن اعتبرنا اللفظ فعلى الوجهين أو المعنى فهو إقالة انتهت (قوله تمليك المال فى الحال) فيه نظر بالنسبة للرهن (قوله بناء على أن العلة توالى ضمانين) ومعناه كما قال الأذرعى أنا لو نفذنا البيع لكان مضمونا عليه للمشترى الثانى ومضمونا له على بائعه ، وقد يتلف قبل القبض فقدر انقلابه من ملك المشترى الثانى إلى المشترى الأول ومنه إلى البائع قبل التلف ويستحيل ملك شخصين فى زمن واحد . واعلم أن هذا التعليل لايتأتى فى عوض الخلع وما بعده فهو ليس من محل الخلاف فكان ينبغى تأخير ذلك عن ذكر مقابل الأصح كما فى كلام غيره (قوله وقضية العلة خلافه) قال الشهاب سم : قد يناقش فيه بأن قبوله الرهن عن غير الثمن يتضمن فك الحبس بالثمن ، وقد تدفع المناقشة بأن الحبس على الثمن بمنزلة الرهن ، وسيأتى فى الرهن أنه لايجوز أن يرهنه المرهون عنده بدين آخر ولو كان القبول بمنزلة الفك لجاز ذلك (قوله والقسمة) أى قسمة غير الرد

لأنه هبة ، ويكون بنحو العتق والوقف قابضا لا بالتدبير والتزويج ونحوهما ، وكذا الطعام المباح للفقراء قبل قبضهم له فإن قبضوه كان قابضا (والثمن المعين) نقدا أو غيره (كالمبيع) فى جميع مامر لعموم النهى له ، ولو أبدله المشترى بمثله أو بغير جنسه برضا البائع فهو كبيع المبيع للبائع فلا يصح إلا إن كان الاعتياض عنه بعين المبيع أو بمثله إن تلف أو كان فى الذمة ، ومما شمله التشبيه فساد التصرف قبل قبضه المذكور ضمنا فى قوله (فلا يبيعه البائع) يعنى لايتصرف فيه كما بأصله (قبل قبضه) لامن المشترى ولا من غيره نظير مامر لعموم النهى وللعلتين السابقتين ، وكل عين مضمونة فى عقد معاوضة كأجرة وعوض صلح عن مال أو دم وبدل خلع أو صداق كذلك (وله بيع ماله فى يد غيره أمانة كوديعة) بيد المودع وشملت الأمانة مالو كانت شرعية كما لو طيرت الريح ثوبا إلى داره ويلحق به ما أفرزه السلطان لجندى تمليكا كما لايخفى ، فله بعد رؤيته بيعه وإن لم يقبضه رفقا بالجندى عليه ومن ثم ملكه بمجرد الإفراز (ومشترك) بيد الشريك (وقراض) بيد العامل سواء أكان قبل الفسخ أم بعده ظهر ربح أم لا كما أطلقه الأصحاب خلافا للقاضى والإمام (ومرهون) بيد المرتهن (بعد انفكاكه) مطلقا وقبله

ولا بالهبة الضمنية كما لو قال له أعتق عبدك عنى ولم يذكر عوضا فأجابه (قوله ونحوهما) أى كإباحة الطعام للفقراء (قوله ويكون بنحو العتق) أى وهو الاستيلاد (قوله فإن قبضوه الخ) ولعل الفرق بين إباحة الطعام للفقراء وبين الصدقة والهدية حيث لم يصح شىء منها أن كلا من الصدقة وما معها طريق للملك بذاته بمعنى أن صيغها محصلة للتمليك وطريق فيه ، وإن توقف تمامه على القبض وإباحة الطعام ليس فيها مايقتضى الملك لذاته وإنما يقتضيه تلازمه وهو أكلهم له مثلا كالضيف فإنه لايملك ماقدم له ، وإنما يملكه بالوضع فى الفم على الراجح أو بالازدراد على مقابله ، ثم رأيت فى حج : وفارق الوقف كالإباحة التصدق بأنه تمليك بخلافهما (قوله للعلتين السابقتين) هما ضعف الملك وتوالى ضمانين (قوله وله بيع ماله) بالإضافة لأنه بلفظ الموصول يشمل الاختصاص وهو لايصح بيعه (قوله إلى داره) أى الغير (قوله تمليكا) أى لا إرفاقا (قوله فله بعد رؤيته) قيد (قوله مطلقا) أذن المرتهن

(قوله فى جميع مامر) أى من أول الباب إلى هنا كما قدم هو ذلك فى أول الباب بقوله ومثله فى جميع ما يأتى الثمن انتهى . وحينئذ فتعليله بقوله لعموم النهى قاصر لاقتضائه أن التشبيه قاصر على عدم صحة التصرف قبل القبض (قوله لعموم النهى) أى فى خبر حكيم بن حزام المتقدم حيث قال فيه : يا ابن أخى لاتبيعن شيئا حتى تقبضه ، فشمل الشىء المبيع والثمن وما فى معناهما وإن كان عمومه لنحو الأمانة غير مراد (قوله إلا إن كان الاعتياض عنه بعين الثمن أو بمثله) أى فإنه إقالة (قوله يعنى لايتصرف فيه) لك أن تقول : عبارة المصنف أولى بل أصوب ، فإن عموم عدم صحة التصرف لايصح إذ منه الإعتاق ونحوه مما مر ، ولا يخرج من عبارة المصنف التصرف بغير البيع مما ذكر معه لأنه جعل هناك البيع أصلا إذ هو المتفق عليه لوروده بالنص ، وحمل عليه بقية التصرفات بطريق القياس كما أشار إليه بالتشبيه ، فنص هنا على الأصل ليقاس به نحوه كما قيس به ثم على أنه معلوم من التشبيه فى قوله والثمن المعين كالمبيع ومن ثم أردفه الشارح بقوله فى جميع مامر ، وإنما نص على بعض الأفراد الذى هو الأصل للإيضاح وليقاس عليه غيره مما ذكر أنه مثله فتأمل (قوله لامن المشترى ولا من غيره الخ) عبارة التحفة لا من المشترى إلا فى نظير مامر من بيع المبيع للبائع ولا من غيره لعموم النهى ولما مر من العلتين ، ومراده بالعلتين ماقدمه كغيره عقب قول المصنف ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه من قوله وعلته ضعف الملك لانفساخة بتلفه كما مر ، وقيل اجتماع ضمانين على شىء واحد وبتأملها

بإذن المرتهن (وموروث) يملك الهالك التصرف فيه قبل موته ، بخلاف مالا يملك الهالك بيعه مثلا بأن اشتراه ولم يقبضه ، لكنه حينئذ ليس فى يد بائعه بأمانة بل هو مضمون عليه ، ومثله ما يملكه الغانم من الغنيمة مشاعا باختيار التملك وبيع موهوب رجع فيه الأصل قبل قبضه ومقسوم قسمة إفراز قبل قبضه ، بخلاف قسمة البيع ليس له بيع ما صار له فيها من نصيب صاحبه قبل قبضه ، ولا بيع شقص أخذه بشفعة قبل قبضه لأن الأخذ بها معاوضة ، ولو باع ماله فى يد غيره أمانة فهل للبائع ولاية الانتزاع من ذلك الغير بدون إذن المشترى ليتخلص من الضمان ويستقر العقد الظاهر كما قاله الزركشى ؟ نعم بل يجب لتوجه التسليم على البائع (وباق فى يد وليه بعد رشده أو إفاقته) لتمام الملك ، نعم لو أكرى صباغا أو قصارا لعمل ثوب وسلمه له فليس له بيعه قبله ، وكذا بعده إن لم يكن سلم الأجرة لأن له الحبس للعمل ولاستيفاء الأجرة كذا قالاه ، وهو تصوير إذ له حبسه لتمام العمل أيضا ، ولا ينافيه إطلاقهم جواز إبدال المستوفى به لإمكان حمل ذلك بقرينة ماهنا على ما إذا لم يتسلمه الأجير ، ولو استأجره لرعى غنمه شهرا أو ليحفظ متاعه المعين شهرا جاز له بيعها قبل انقضاء الشهر لأن حق الأجير لم يتعلق بعينه إذ للمستأجر أن يستعمله فى مثل ذلك العمل ، كذا قاله المتولى ، وهو مبنى على أنه هل يجوز إبدال المستوفى به أولا ، والراجح

أم لا (قوله ومثله) أى مثل المورث (قوله قبل قبضه) أى قبل قبض الأصل له من فرعه (قوله قسمة إفراز) وهو المتشابهات (قوله بخلاف قسمة البيع) ظاهره أنه لافرق بين قسمة التعديل والرد ، وقضية كلام سم على منهج تخصيص البطلان بقسمة الرد ، وكذا مقتضى تعليل الشارح بما مر فى قوله لأن الرضا فيها غير معتبر فلا يعتبر القبض قبل لكن الكلام ثم فى قسمة ما اشتراه قبل قبضه وما هنا فى بيع ماملكه بالقسمة قبل قبضه (قوله ولا بيع شقص) عطف معنى على قوله بخلاف قسمة الخ (قوله ليتخلص) أى البائع (قوله لتوجه التسليم على البائع) أى فلو لم يفعل واستقل المشترى بالقبض اعتد به حيث لم يكن للبائع حق الحبس (قوله وسلمه له) أفهم أنه يجوز له بيعه قبل التسليم ، ويرد عليه أن العقد لزم بمجرده وبيعه يفوت على الأجير فيه ، فالقياس عدم صحة بيعه سواء بعد التسليم أو قبله ، ويمكن الجواب بأنه يمكن إبداله بغيره حيث لم يسلمه له كما يفهم من قوله لإمكان حمل ذلك بقرينة ماهنا الخ ، لكن قضية كلامه أنه ليس له إبداله بعد التسليم وقبل الشروع فى العمل مع أنه يمكن إبداله بغيره فليتأمل (قوله وهو تصوير) أى قوله قبل العمل ليلاقى قوله الآتى لإمكان حمل ذلك بقرينة الخ ، وإنما يحتاج إلى ذلك التصوير أن حمل قوله قبله على معنى قبل الشروع فيه وقوله بعده على بعد الشروع ، وإلا فيمكن حمل قوله قبله وبعده على كماله فيفيد جواز الحبس قبل تمام العمل (قوله إذ للمستأجر أن يستعمله فى مثل ذلك) أى فلو اختلفا

تعلم مافى كلام الشارح أولا وآخرا من المؤاخذات (قوله ومثله) أى ومثل ماذكر فى جواز بيعه (قوله مشاعا) أى إذا كان قدرا معلوما بالجزئية كما فى شرح الروض (قوله بل يجب) أى عند المشاحة كما هو ظاهر (قوله نعم او أكرى صباغا الخ) عبارة الشهاب حج : لامستأجر لصبغه أو قصارته مثلا وقد تسلمه الأجير ، كذا قالاه ، وحمل على أنه مجرد تصوير لاقيد ، فلا يجوز التصرف فيه قبل العمل مطلقا أو بعده وقبل تسليم الأجره انتهت . فالضمير فى قوله وحمل راجع إلى قول الشيخين وقد تسلمه الأجير بدليل ماقرره بعده وبها تعلم ما فى كلام الشارح (قوله لإمكان حمل ذلك الخ) أى أو حمل ماهنا على ما إذا تصرف بغير الإبدال كما هو فى كلام الشهاب حج الذى ماهنا عبارته . واعلم أنا إذا نظرنا إلى هذا الحمل لم يتأت ماقدمه من أن ما قاله الشيخان مجرد تصوير كما نبه عليه ذلك الشهاب سم فى عبارة حج (قوله كذا قاله المتولى) يعنى الاستئجار لرعى الغنم وحفظ المتاع ، ولا يصح كون

جواز البيع لأنه بسبيل من أن يأتى ببدله أو يسلم الأجير نفسه ويستحق الأجرة ، ويمكن حمل كلام المتولى الأخير على تصرفه بعد الإبدال بل تعليله دلّ عليه (وكذا) له بيع ماله المضمون على من هو بيده ضمان يد ومنه (عارية ومأخوذ بسوم) وهو ما أخذه مريد الشراء ليتأمله أيعجبه أم لا ، ومغصوب له قدرة على انتزاعه ومفسوخ فيه بعيب أو غيره بعد رد الثمن لتمام الملك فى المذكورات . وما أفهمه كلامه من أن المأخوذ بسوم مضمون جميعه مفروض فيما لو سام كله ، وإلا كأن أخذ مالا من ملكه أو بإذنه ليشترى نصفه فتلف لم يضمن سوى النصف لأن نصفه الآخر أمانة فى يده ، وبما تقرر علم أن فائدة عطفه بكذا التنبيه على أنه قسيم الأمانة لأنه مضمون ضمان يد ،

فى المثل فقال الأجير استأجرتنى لعدد كذا وزاد المستأجر صدق الأجير ، لأن الأصل عدم الزيادة على ماقاله ، ويحتمل وهو الظاهر أنهما يتحالفان وبعد التحالف يفسخ العقد ويرجع المستأجر فى الأجرة إن سلمها وإلا سقطت عنه (قوله كلام المتولى الأخير) هو قوله ولو استأجره لرعى غنمه الخ (قوله مريد الشراء) وبقى مالو أخذه مريد الإجارة أو القراض أو الارتهان ليتأمله أيعجبه فيرتهنه أو يستأجره أو يقترضه أو نحو ذلك وينبغى أن يقال فيه إن كان ذلك وسيلة لما يضمن إذا عقد عليه كالقرض وكالتزوّج به والمخالعة عليه والصلح عليه صلح معاوضة ضمنه إذا تلف قبل العقد وإن أخذه لما لا يضمن كالإستئجار والارتهان لم يضمنه إذا تلف بلا تقصير وهو فى يده إعطاء الوسيلة حكم المقصد (قوله له قدرة) أى البائع أو المشترى (قوله بعد ردّ الثمن) أفهم أنه لايجوز بيعه قبل رد الثمن وهو ظاهر إن قلنا بعدم امتناع الحبس فى الفسوخ وكلامه هنا يقتضى ترجيحه أما إن قلنا بعدم جواز الحبس ووجوب الرد على من طلبت العين منه بعد الفسخ ففيه نظر والقياس صحته (قوله مضمون جميعه) وفيما يضمن به خلاف الراجح منه أن قيمته يوم التلف ونقل بالدرس عن فتاوى الشارح مايوافقه وعن والده أنه يضمن بأقصى القيم قضيته أن هذا الخلاف جار فى المستام سواء كان مثليا أو متقوما (قوله لم يضمن سوى النصف الخ) لو كان

الإشارة لمسئلة الصبغ والقصارة أيضا وإن كانت منقولة أيضا عن المتولى لأنه أعقبها بما ليس من كلام المتولى كما مرّ ، وحينئذ فالذى يفهم من سياقه أن الضمير فى قوله وهو مبنى الخ يرجع إلى مسئلة الغنم والحفظ خاصة ، فكان ينبغى حذف قوله أولا من قوله على أنه هل يجوز إبدال المستوفى به أولا إذ المسئلة المذكورة مبنية على جواز الإبدال لا غير ، واعلم أن الشارح هنا تصرف فى عبارة الشهاب حج فى مسألة الصبغ والقصارة ، وقد علمت ما فى تصرفه فيها ثم تصرف فى عبارة شرح الروض وفى عبارة والده فى حواشيه فى مسئلة الغنم والحفظ بما لاينبغى كما يعلم ذلك بسوق حاصل ما فى شرح الروض وحواشيه ، وحاصل ذلك أن الروض لما تكلم على مسئلة الصبغ والقصارة بما يوافق مامر هنا ، قال شارحه عقبه : كذا جزم به الأصل ، ونقله فى المجموع عن المتولى وغيره ، ثم نقل أعنى شارح الروض بعد ذلك مسئلة الرعى والحفظ عن المتولى أيضا ، ثم قال عقبه : وهذا الاختلاف مبنى على أنه هل يجوز إبدال المستوفى به أولا ، وسيأتى بيانه فى باب الإجارة ، وقد يفرق بأن كلا من الصبغ والقصارة عين فساغ حبسه كسائر الأعيان ، بخلاف الرعى والحفظ انتهى ما فى شرح الروض . ونازعه والد الشارح فى فرقه المذكور ثم قال : ويمكن حمل كلام المتولى الأخير على تصرفه فيه بعد الإبدال الخ ، فاسم الإشارة فى كلام شرح الروض الذى أبدله الشارح بالضمير مرجعه الاختلاف الذى وقع للمتولى كما ترى ، ومعناه أن المتولى بنى مسئلة الصبغ والقصارة على عدم جواز إبدال المستوفى به وهو الضعيف ، وبنى مسئلة الرعى والحفظ على الصحيح من جواز إبداله ، ثم أشار بفرقه الذى ذكره إلى جواز بناء المسئلتين على الصحيح المذكور والفرق بينهما بما ذكره وإن نازع فيه والد الشارح ، وبهذا تعلم ما فى تصرف الشارح المذكور (قوله قدرة على انتزاعه)

وشمل كلامه مالوكان المعار أرضا وقد غرسها المستعير وهو كذلك خلافا للماوردي (ولا يصح بيع) المثمن الذى فى الذمة نحو (المسلم فيه ولا الاعتياض عنه) قبل قبضه بغير نوعه أو وصفه لعموم النهي عن بيع مالم يقبض . والحيلة فى ذلك أن يتفاسخا عقد السلم ليصير رأس المال دينا فى ذمته ، ثم يدفع له مايتراضيان عليه وإن لم يكن جنس المسلم فيه ، ولا بد من قبضه قبل التفرق لئلا يصير بيع دين بدين . وعلم مما تقرر أن كل مبيع ثابت فى الذمة عقد عليه بغير لفظ السلم لايصح الاعتياض عنه على الأصح من تناقض لهما (والجديد جواز الاستبدال) فى غير ربوى بيع بجنسه لتفويته ماشرط فيه من قبض ماوقع به العقد ولهذا كان الإبراء منه ممتنعا ، وما أوهمه كلام ابن الرفعة من جوازه فيه غلطه فيه الأذرعى (عن الثمن) نقدا أو غيره مما ثبت فى الذمة وإن لم يقبض المبيع ، لكن حيث لزم العقد لاقبل لزومه لخبر ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال «كنت أبيع الإبل بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير ، فأتيت النبيّ صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال : لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» وقيس بما فيه غيره ، وكالثمن كل دين مضمون بعقد كأجرة وصداق وعوض خلع ودين ضمان ولو ضمان المسلم فيه كما أوضحه الوالد رحمه الله تعالى فى فتاويه ، ويفارق المثمن بأنه يقصد عينه ونحو الثمن يقصد

المأخوذ بالسوم ثوبين متقاربى القيمة وقد أراد شراء أعجبهما إليه فقط وتلف فهل يضمن أكثرهما قيمة أو أقلهما لجواز أنه كان يعجبه الأقل قيمة والأصل براءة الذمة من الزيادة فيه نظر ولعل الثانى أقرب اهـ سم على حج وهو يفيد أنه لافرق فى عدم الضمان للكل بين كون مايسومه متصل الأجزاء كثوب يريد شراء بعضه وكونه غير متصل كالثوبين اللذين يريد أخذ واحد منهما . لايقال كل من الثوبين مأخوذ بالسوم لأنه كما يحتمل أن يشترى هذا يحتمل أن يشترى الآخر . لأنا نقول هذا بعينه موجود فى الثوب الواحد لأنه كما يحتمل أن يأخذه النصف من الطرف الأعلى يجوز أن يأخذه من الأسفل (قوله وهو كذلك) أى ثم ينزل المشترى من المعير منزلة المعير فيخير بين قلعه وغرامة أرش النقص ويملكه بالقيمة وتبقيته بالأجرة (قوله أو وصفه) فيه نظر لما يأتى فى أواخر السلم من جواز أخذ الجيد عن ردىء كعكسه ، وعلل الشارح ثم جواز أخذ الردىء عن الجيد بأنهما إذا تراضيا به كان مسامحة بصفة ، وعلل القول بجواز استبدال أحد النوعين عن الآخر بأن الجنس يجمعهما فكان كما لو اتحد النوع واختلفت الصفة قال : ورد بقرب الاتحاد هنا : أى فى الصفة ، وهو صريح فى جواز الاستبدال مع اختلاف الصفة ، ويمكن الجواب بأن مراده هنا بالصفة مايظهر معه تأثير قوىّ بحيث يصير الموصوفين بصفتين مختلفتين كالنوعين الحقيقين ، ويدل على هذا الجواب أنهم جعلوا من اختلاف النوع الحنطة البيضاء بالسمراء مع أن الحاصل فيهما مجرد اختلاف صفة (قوله وعلم مما تقرر) أى فى قوله نحو المسلم فيه الخ (قوله لتفويته الخ) أما الربوى فلا يجوز الاستبدال عنه لتفويته الخ فهو علة لمقدر (قوله ولهذا كان الإبراء منه) أى من الربوىّ (قوله من جوازه) أى الإبراء فيه : أى الربوى (قوله لاقبل لزومه) انظر ما وجه امتناع الاستبدال قبل اللزوم مع أن تصرف أحد العاقدين مع الآخر لايستدعى لزوم العقد بل هو إجازة ، وقد يقال إنه مستثنى (قوله لابأس) أى لالوم (قوله ويفارق) أى الثمن

أى أو كان المشترى كذلك (قوله ولا يصح بيع المسلم فيه) وكذا رأس مال السلم كما فى شرح الروض وغيره (قوله والحيلة فى ذلك أن يتفاسخا عقد السلم) أى لأنه يجوز التفاسخ بغير سبب كما قاله الشيخان (قوله فى غير ربوى بيع بجنسه) وكذا لو اتفقا فى علة الربا دون الجنس كما يقتضيه التعليل ونقله الشهاب ابن قاسم عن الإيعاب للشهاب حج (قوله مما يثبت فى الذمة) أى أما المعين فلا يصح فيه الاستبدال كما قدمه فى شرح قول المصنف والثمن المعين كالمبيع (قوله وكالثمن كل دين مضمون بعقد) شمل رأس مال السلم وليس مرادا كما علم مما قدمناه

ماليته ، ولا يصح أن يستبدل مؤجلا عن حال ويصح عكسه ، وكأن صاحب المؤجل عجله والقديم المنع لعموم النهى السابق لذلك ، والثمن النقد إن قوبل بغيره ، فإن كانا نقدين أو عرضين فالثمن ما اتصلت به الباء والمثمن مقابله نعم الأقرب فيما لو باع رقيقه مثلا بدراهم سلما امتناع الاستبدال عنها وإن كانت ثمنا لأنها فى الحقيقة مسلم فيها ، ويقيد إطلاقهم صحة الاستبدال عن الثمن بذلك ، هذا كله فيما لايشترط قبضه فى المجلس (فإن استبدل موافقا فى) جنس الربا كذهب عن ذهب اشترطت الشروط المتقدمة أو (علة الربا كدراهم عن دنانير اشترط قبض البدل فى المجلس) حذرا من الربا فلا يكفى التعيين عنه (والأصح أنه لايشترط التعيين فى العقد) أى عقد الاستبدال ، لأن الصرف عما فى الذمة جائز . والثانى يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين (وكذا) لايشترط (القبض فى المجلس) فى الأصح (إن استبدل ما لا يوافق فى العلة) للربا (كثوب عن دراهم) كما لو باع ثوبا بدراهم فى الذمة ، لكن لابد من التعيين فى المجلس قطعا ، وفى اشتراط التعيين فى العقد الوجهان فى استبدال الموافق . والثانى يشترط القبض لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر كرأس مال السلم . لايقال : حقه أن يقول كطعام عن دراهم لأن الثوب غير ربوى فلا يصح أن يقال إنه لايوافق الدراهم فى علة الربا . لأنا نقول : السالبة تصدق بنفى الموضوع فتصدق بأن لا ربا أصلا لإطلاقهم على كل ثوب أو طعام بدراهم أنهما مما لم يتوافقا فى علة الربا (ولو استبدل عن القرض) نفسه أو دينه وإن حمله بعضهم على الثانى (و) عن (قيمة) يعنى بدل (المتلف) من قيمة المتقوّم ومثل المثلى وبدل غيرهما كالنقد فى الحكومة حيث وجب (جاز) إن لم يكن ثم ربا فلا يؤثر زيادة تبرع بها المؤدى بأن لم يجعلها فى مقابلة شىء وذلك لاستقراره ، والعلم بالقدر هنا كاف ولو بإخبار المالك ، إذ القصد

(قوله يقصد ماليته) هو ظاهر إن كان المثمن عرضا والثمن نقدا . أما لو كانا نقدين أو عرضين فلا يظهر ماذكر فلعل التعليل مبنى على الغالب (قوله إن قوبل بغيره) يؤخذ منه أن من باع دينارا بفلوس معلومة فى الذمة امتنع اعتياضه عن الفلوس لأن الدينار هو الثمن لأنه النقد والفلوس هى الثمن ، والمثمن إذا كان فى الذمة يمتنع الاعتياض عنه على مافيه من الخلاف اهـ سم على حج (قوله اشترطت الشروط المتقدمة) ومنه التقابض ، فلو كان له على غيره دراهم فعوضه عنها ماهو من جنسها اشترط الحلول والمماثلة ، وقبض ماجعله عوضا عما فى ذمته فى المجلس وصدق على ماذكر أنه تقابض لوجود القبض الحقيقى فى العوض المدفوع لصاحب الدين والحكمى فيما فى ذمة المدين لأنه كان قبضه منه وردّه إليه . ومحل اشتراط المماثلة حيث لم يجر التعويض بلفظ الصلح كما مر ويأتى (قوله الوجهان) والراجح منهما عدم اشتراطه (قوله نفسه) بأن كان باقيا فى يد المقترض (قوله أو دينه) بأن تصرف فيه فلزمه بدله (قوله وإن حمله بعضهم) هو حج (قوله وذلك لاستقراره) علة لقول المصنف جاز (قوله ولو بإخبار المالك)

(قوله لعموم النهى السابق) لايخفى أن النهى السابق : أعنى فى شرح قول المصنف ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه إنما هو فى خصوص المبيع فلا يعم الثمن إلا بتأويل (قوله هذا كله) يعنى إطلاق جواز الاستبدال عن الثمن الصادق بالقبض فى المجلس وبعدمه وكان الأولى حذف هذا كله (قوله اشترط قول البدل فى المجلس) انظر هل يشترط الحلول أيضا والظاهر نعم وكأنه تركه لأنه لازم فى التقابض فى الغالب كما مر (قوله كما لو باع ثوبا بدراهم) الكاف للتنظير (قوله نفسه) إن كانت صورته أنه يقرضه شيئا وقبل أن يقبضه إياه يبدله له ، فيرد عليه أن القرض لايملك إلا بالقبض بل بالاستهلاك عند بعضهم ، والاستبدال لايكون إلا عن شىء مملوك ، وقد مرّ أنه لايصح الاستبدال عن الثمن إلا بعد لزوم العقد ، وإن كانت الصورة أن المقترض هو الذى يبدله ، فيرد عليه أن المقترض يملك بالقبض

الإسقاط دون حقيقة المعاوضة ، فاشتراط بعضهم نحو الوزن عند قضاء القرض وإن علم قدره غير فى صحيح (واشتراط قبضه) أى البدل (فى المجلس) وتعيينه (ماسبق) من أنهما إن توافقا فى علة الربا اشترط قبضه وإلا اشترط تعيينه . قال السبكى : وكونه حالا ومراده أنه لايجوز أن يستبدل عنهما مؤجلا فسقط قول الأذرعى أن بدل هذين لايكون إلا حالا ، ولو عوض عن دين القرض الذهب ذهبا وفضة كان باطلا كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، قال : لأنه من قاعدة مد عجوة ، ولا يخالف ذلك ما ذكروه فيما لو صالح عن ألف درهم وخمسين دينارا دينا له على غيره بألفى درهم حيث جعلوه مستوفيا لألف درهم ، إذ لاضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه ومعتاضا عن الذهب بالألف الآخر انتهى . فعلم منه أنه لو قال فى مسئلة الصلح المذكورة عوضتك هذين الألفين عن الألف درهم وخمسين دينارا لم يصح ، ولهذا لو كان المصالح عنه معينا لم يصح الصلح على ماجرى عليه ابن المقرى فى روضه لأنه اعتياض فكأنه باع ألف درهم وخمسين دينارا بألفى درهم وهو من قاعدة مد عجوة كما نبها على ذلك فى باب الربا لكن المعتمد الصحة (وبيع الدين) غير المسلم فيه بعين (لغير من) هو (عليه باطل فى الأظهر بأن يشترى عبد زيد بمائة له على عمرو) لأنه لايقدر على تسليمه ، وهذا ما فى المحرر والشرحين والمجموع هنا وجزم به الرافعى فى الكتابة والثانى يصح ، وصححه فى زوائد الروضة ونقل أن المصنف أفتى به ، وهو الموافق لكلام الرافعى فى آخر الخلع ، واختاره السبكى وحكى عن النص وهو المعتمد ، وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى لاستقراره كبيعه ممن هو عليه وهو الاستبدال السابق ، ومحله إن كان الدين حالا مستقرا والمدين مقرا مليا أو عليه بينة وإلا لم يصح لتحقق العجز حينئذ ، ويشترط قبض العوضين فى المجلس كما صرح به فى أصل الروضة كالبغوى وهو المعتمد ، وإن قال فى المطلب : مقتضى كلام الأكثرين يخالفه : والقول بحمل الأول على الربوى والثانى على غيره صحيح لعدم تأتيه مع تمثيلهما بأن يشترى عبد زيد بمائة له على عمرو (ولو كان لزيد وعمرو دينان على شخص فباع زيد عمرا دينه بدينه) أو كان له على آخر دين فاستبدل عنه دينا آخر (بطل قطعا) اتحد الجنس أو اختلف وحكى الإجماع على ذلك ، والنهى عن ذلك صححه جمع وضعفه آخرون ؛ والحوالة جائزة بالإجماع مع أنها بيع دين بدين . ثم

أى فلو تبين خلافه تبين بطلانه فيما يظهر (قوله وكونه) أى العوض (قوله فيه) أى عقد الصلح (قوله لكن المعتمد الصحة) أى لأن لفظ الصلح يشعر بالقناعة فلا يتمحض عقده للتعويض وإن جرى على معين (قوله بعين) أى أو بدين ينشئه الآن (قوله والثانى يصح) أى سواء اتفقا فى علة الربا أو لا (قوله ومحله الخ) أى ماذكر من صحة بيع الدين لغير من هو عليه (قوله أو عليه بينة) أى لاكلفة عليه فى إقامتها اهـ حج (قوله ويشترط قبض العوضين) أى وإن لم يكونا ربويين (قوله فاستبدل عنه دينا آخر) هو واضح حيث لم توجد شروط الحوالة وإلا كأن قال : جعلت مالى على زيد من الدين لك فى مقابلة دينك واتحد الدينان جنسا وقدرا وصفة وحلولا وأجلا وصحة وكسرا فينبغى الصحة لأنها حوالة (قوله والحوالة جائزة) أى فهى مستثناة (قوله مع أنها بيع دين بدين) أى بالنظر الأكثر فروعها وإلا فقد تعطى أحكام الاستيفاء ومن ثم قيل إنها من الأبواب التى لم يطلق فيها القول

ويلزم من ذلك ثبوت بدله فى الذمة فلم يقع الاستبدال إلا عن دين القرض لا عن نفسه . ألا ترى أن المقترض له أن يمسك العين المقترضة ويدفع بدلها للمقرض وإن كانت باقية . وأما جواز رجوع المقرض فيها مادامت باقية فشىء آخر إذ هو فسخ لعقد القرض (قوله انتهى) أى ماذكروه ، ولم يبين وجه عدم المخالفة لكنه مأخوذ من

شرع فى بيان القبض والرجوع فى حقيقته إلى العرف فيه لعدم مايضبطه شرعا أو لغة كالإحياء والحرز فى السرقة وذلك إما غير منقول أو منقول ، وقد شرع فى بيان الأول فقال (وقبض العقار) ونحوه كالأرض وما فيها من بناء ونخل وإن شرط قطعه وثمرة مبيعة قبل أوان الجذاذ كما قالاه وهو مثال لاقيد . فإن بلغت أوان الجذاذ فالحكم كذلك كما أفاده الجلال البلقينى ، وشمل ذلك مالو باعها بعد بدوّ صلاحها بشرط قطعها وبه أفتى الوالد رحمه الله تعالى ، ومثل الثمرة لما ذكر زرع جاز بيعه فى أرض فإقباض ذلك (تخليته للمشترى وتمكينه من التصرف) فيه بتسليم مفتاح الدار إن وجد وإن لم يتصرف فيه ولم يدخله كما هو واضح مع عدم مانع شرعى أو حسى فلا يعتدّ به إلا (بشرط فراغه من أمتعة البائع) وكذا أمتعة غير المشترى من مستأجر ومستعير وموصى له بالمنفعة وغاصب كما اعتمده الأذرعى وغيره مغلطا من أخذ بمفهوم الاقتصار على البائع عملا بالعرف لتأتى التفريغ هنا حالا ، وبه

بترجيح (قوله ثم شرع فى بيان القبض) أى المبيع كما يدل عليه السياق : لكن ماذكره فيه لايختص به بل يجرى فى سائر صور القبض للموهوب والمؤجر وغيرهما (قوله والرجوع) جملة معترضة (قوله إلى العرف) ومتى وقع الخلاف فى شىء أهو قبض أو لا كان ناشئا عن الخلاف فى العرف فيه . فمن عدّه قبضا ينسبه للعرف ، ومن نفى القبض فيه يقول العرف لايعدّه قبضا حج بالمعنى (قوله ونحوه) أى مما يعدّ تابعا له (قوله كالأرض) مثال للعقار (قوله من بناء ونخل) أى سواء كان رطبا أو جافا وإن كان الجاف لابقاء له لأنه لايزيد على ما لو كان رطبا وبيع بشرط القطع ، وخرج بذلك الأشجار المقلوعة فلا بدّ فيها من النقل وإن كانت حية وأريد عودها كما كانت لأنها صارت منقولة ، وكتب أيضا قوله ونخل الأولى شجر كما عبر به الشيخ إلا أن يقال آثره للاقتصار عليه فى كلام الجوهرى تفسيرا للعقار ، وعبارة المختار العقار بالفتح مخففا الأرض والضياع والنخل اه . وعليه فقول الشيخ والشجر بيان للمراد من العقار فى كلامهم (قوله وثمرة) مثال لنحوه (قوله وشمل ذلك) أى كون القبض بالتخلية (قوله بعد بدوّ صلاحها) وكذا يشمل ماقبل بدوّ الصلاح وإن لم يصح بيعها إلا بشرط القطع فتكفى التخلية فيه ، لكن كلام الشارح قد يقتضى خلافه حيث قال : وشمل ذلك الخ ، دون أن يقول : وشمل ذلك مالو باعها بشرط القطع سواء كان بعد بدوّ الصلاح أو قبله ، إلا أن يقال : اقتصاره على ماذكر لنقله عن إفتاء والده (قوله زرع) أى بأن كان المقصود منه ظاهر (قوله تخليته) أى بلفظ يدل عليها كخليت بينك وبينه (قوله بتسليم مفتاح الدار) أى إن كان مفتاح غلط مثبت بخلاف مفتاح القفل (قوله إن وجد) نعم إن قال له البائع تسلمه واصنع له مفتاحا فينبغى أن يستغنى بذلك عن تسليم المفتاح اه سم على منهج : أى ومع ذلك ينفسخ العقد فى المفتاح بما يقابله من الثمن ويثبت للمشترى الخيار بتلفه فى يد البائع وإن كانت قيمة المفتاح تافهة (قوله مع عدم مانع شرعى) أى كشغل الدار بأمتعة غير المشترى (قوله أو حسى) ككونها فى يد غاصب (قوله على البائع) ويمكن الجواب عن المصنف بقرينة سياقه تدل على أنه أراد بالبائع ما قابل المشترى فيدخل فيه جميع ما ذكر (قوله لتأتى التفريغ) علة للعمل بالعرف (قوله حالا) أى من شأن الأمتعة ذلك بخلاف الزرع ، وعليه فلو قل الزرع جدا بحيث يمكن

قولهم إذ لاضرورة الخ (قوله وذلك إما غير منقول الخ) الإشارة راجعة إلى المقبوض المفهوم من القبض (قوله كالأرض وما فيها من بناء ونخل) هذا هو حقيقة العقار كما فى الصحاح وغيره فإدخال الكاف عليه إما للإشارة إلى أن مثل النخل بقية الشجر كما عبر به بعضهم أو أنها استقصائية (قوله بعد بدوّ صلاحها) وكذا قبله المفهوم بالأولى وإنما قيد بالبعدية لأنها هى الواقعة فى السؤال الذى أجاب عنه والده (قوله فاقباض ذلك) عبارة التحفة :

فارق قبض الأرض المزروعة بالتخلية مع بقاء الزرع ، واستثنى السبكى الحقير من الأمتعة كالحصير وبعض الماعون فلا يقدح فى التخلية ، ولو جمعت الأمتعة فى بيت من الدار وخلى بين المشترى وبينها حصل القبض فيما عداه ، فإن نقلت منه إلى بيت آخر منها حصل القبض فى الجميع ، أما أمتعة المشترى فلا تضر ، وما قررنا به كلام المصنف فى قوله تخليته للمشترى مأخوذ من كلام الشارح حيث قال لو أتى المصنف بالباء فى التخلية كما فى الروضة وأصلها والمحرر كان أقوم إلا أن يفسر القبض بالإقباض اه أى لأن القبض فعل المشترى والتخلية فعل البائع فلولا التأويل المذكور لما صح الحمل (فإن لم يحضر المتعاقدان المبيع) الذى بيد المشترى أمانة كان أو ضمانا عقارا أو منقولا بأن غاب عن محل العقد بناء على الأصح أنه لايشترط حضورهما عنده (اعتبر) فى صحة قبضه إذن بائعة فيه حيث كان له حق الحبس و (مضى زمن يمكن) فيه (المضى إليه) فى العادة مع تفريغه مما مر (فى الأصح) لأن الحضور إنما اغتفر للمشقة ولا مشقة فى اعتبار مضىّ ذلك . والثانى لايعتبر لأنه لا معنى لاعتباره مع عدم الحضور . واعلم أن المبيع إما عقار أو منقول غائب بيد البائع فلا يكفى مضى زمن إمكان تفريغه ونقله ، بل لابد من تخليته ونقله بالفعل حيث كان مشتغلا ، وأما مبيع حاضر منقول أو غيره ولا أمتعة فيه لغير المشترى

التفريغ منه حالا لايمنع وجوده من القبض ، ولو كثرت الأمتعة بحيث تعذر تفريغها حالا منعت القبض (قوله وبعض الماعون) ولا فرق فى ذلك بين الغنىّ والفقير فيما يظهر ، أما صغير الجرم كبير القيمة كجوهرة فيمنع من صحة القبض فى المحل الذى يعد حفظا له كخزانة مثلا كما شمله المستثنى منه ، ثم رأيت سم على حج شرح بذلك (قوله حصل القبض فيما عداه) ظاهره وإن كانت الأمتعة فى جانب من البيت وهو واضح إن أغلق عليها باب البيت وإلا فينبغى حصول القبض فيما عدا الموضع الحاوى للأمتعة عرفا (قوله أما أمتعة المشترى) محترز قوله وكذا أمتعة غير المشترى الخ ، والمراد بالمشترى من وقع له الشراء ، فبقاء أمتعة الوكيل والولىّ مانع من صحة القبض لأنها تمنع من دخول المبيع فى يد من وقع له الشراء (قوله وما قررنا به كلام المصنف) من قوله أى إقباض الخ (قوله فلولا التأويل المذكور) هو قوله أى إقباض ذلك (قوله فإن لم يحضر المتعاقدان) شمل ذلك ما لو لم يحضر واحد منهما أو حضر أحدهما دون الآخر ، كما لو كتب أحدهما بالبيع أو الشراء لغائب عند المبيع وهو ظاهر فيما لو غاب معا أو المشترى ، أما لو كان المشترى حاضرا عند المبيع وكتب له البائع بالبيع فقبل فيحتمل أنه لايحتاج لمضىّ الزمن لحضوره عنده ، ولكن قضية إطلاقهم اعتبار مضى زمن إمكان حضور البائع فيجب العمل به حتى يوجد صارف عنه (قوله عن محل العقد) أى مجلسه وإن كان بالبلد (قوله حضورهما) أى العاقدين عنده : أى المبيع (قوله مما مر) أى ومع نقل المنقول أيضا اه منهج (قوله والثانى لايعتبر) وينبنى على الخلاف صحة التصرف فيه وما لو تلف قبل إمكان الوصول فيصح ، ويدخل فى ضمان المشترى على الثانى دون الأوّل (قوله غائب) قيد فى كل من العقار

أى إقباض ذلك ، وما صنعه الشارح يلزم عليه أن يصير قول المصنف وقبض العقار بلا خبر (قوله فى قوله تخليته للمشترى) صوابه فى قوله وقبض العقار لأنه هو الذى قرّره بقوله فإقباض ذلك على ما فيه ، أو أن المعنى : وما قررنا به كلام المصنف فى صحة حمل قوله تخليته (قوله إلا أن نفسر القبض بالإقباض) أى وإن كان خصوص الإقباض ليس شرطا إلا إذا كان للبائع حق الحبس ، فالتفسير المذكور لصحة الحمل ليس غير (قوله إذن بائعه فيه حيث كان له حق الحبس) لايخفى أن هذا معتبر مطلقا سواء فيه الحاضر والغائب (قوله واعلم أن المبيع) يجب حذف هذه الثلاث كلمات والاقتصار على قوله إما عقار الخ ، وقراءة أما بفتح الهمزة فى الموضعين كما هو واضح كذلك فى التحفة إذ هما مفهومان لما حمل عليه كلام المصنف (قوله إذا كان مستقلا) لعله احترز به عما إذا كان

وهو بيده فيعتبر فى قبضه مضى زمن يمكن فيه النقل أو التخلية مع إذن البائع إن كان له حق الحبس، وغير يد المشترى والبائع كيد المشترى كما ذكراه فى الرهن ، والمعتمد خلافه وهو أن يد الأجنبي كيد البائع (وقبض المنقول) حيوانا أو غيره مما يمكن تناوله باليد فى العادة أولا يمكن كسفينة يمكن جرها (تحويله) أى تحويل المشترى أو نائبه له من محله إلى محل آخر مع تفريغ السفينة المشحونة بالأمتعة التى لغير المشترى ، ومثلها فى ذلك كل منقول لابد من تفريغه مما يعد ظرفا فى العادة ، وكتحويل الحيوان أمره له بالتحويل فلا يكفى ركوبها واقفة ولا استعمال العبد

والمنقول (قوله وهو بيده) أى حكما ، أما لو كان بيده حقيقة لم يشترط مضى زمن بل إذن البائع إن كان له حق الحبس وإلا فلا اه منه . ومثله فى حاشية سم على منهج عنه ، ثم نقل عنه أنه قال بعد ذلك : ينبغى أنه لابد من مضى زمن بعد العقد يمكن فيه تناوله ورفعه اه . أقول : وهذا هو قياس اعتبار مضى زمن يمكن فيه الوصول والنقل فيما لو كان غائبا وهو بيد المشترى فتأمله (قوله أو التخلية) ليس المراد بها التخلية حقيقة بل تحمل على إمكان التفريغ منه ، وعبارة سم على حج قوله أو التخلية لعل المراد بها الاستيلاء ، وإلا فلا وجه لذكرها لأن العقار الخالى من أمتعة غير المشترى قبضه بالاستيلاء عليه مع الإذن إن كان للبائع حق الحبس ، ولا يعتبر فيه تفريغ إذ ليس فيه مايعتبر تفريغه ، فإذا كان فى يد المشترى لم يعتبر فى قبضه وراء إذن البائع بشرطه غير مجرد مضى زمن يمكن فيه الوصول إليه والاستيلاء عليه (قوله كسفينة) ع ولو كانت كبيرة وهى على البر اكتفى بالتخلية مع التفريغ فيما يظهر اه مر . وقال : إذا كانت لاتنجر بالجر فهى كالعقار سواء كانت فى البر أو البحر ، وإلا فكالمنقول سواء كانت فى بر أو بحر قال : وينبغى أن يكون المراد بكونها تنجر بجره ولو بمعاونة غيره على العادة ، ولا يشترط أن تكون تنجر بجره وحده بدليل أن الحمل الثقيل الذى لايقدر وحده على نقله ويحتاج إلى معاونة غيره فيه من المنقول الذى يتوقف قبضه على نقله ولا يشترط أيضا أنه ينجر بجره مع الخلق الكثير وإلا فكل سفينة يمكن جرها بجمع الخلق الكثير لها اه سم على منهج وهو واضح (قوله تحويله) أى ولو تبعا لتحويل منقول آخر هو بعض المبيع كما لو اشترى عبدا وثوبا هو حامله ، فإذا أمره بالانتقال بالثوب حصل قبضهما فليتأمل سم على حج . وقضية اعتبار كون المتبوع بعض المبيع أنه لايكفى فى قبض الثياب المشتراه كون العبد تحول بها إلى مكان آخر ، وقضيته أيضا أنه لو اشترى سفينة وما فيها من الأمتعة أنه يكفى تحويل السفينة من مكان إلى آخر لوجود العلة وهو ظاهر ، وفى سم على منهج وخرج به تحوله نفسه فلا يكفى وإن وضع يده عليه ، ويصرح به قوله فلو تحول بنفسه ثم وضع المشترى يده عليه لايكون كافيا كما يستفاد من تعبيره بالتحويل دون التحول اه بالمعنى .

[فرع] حمل المنقول ومشى به إلى مكان آخر هل يحصل القبض بمجرد ذلك أو لابد من وضعه ؟ مال مر إلى الثانى لأنه لايعد أنه نقله إلى بعد وضعه فليحرر اه سم على منهج (قوله مما يعد ظرفا) قضيته أنه لايشترط تفريغ الدابة مما على ظهرها ، وبه صرح حج ونظر فيه عميرة ، ومما يعد ظرفا الصندوق فيشترط لصحة قبضه إذا بيع منفردا أما لو بيع مع مافيه كفى فى قبضهما تحويل الصندوق (قوله فى العادة) وينبغى أن مثل ذلك فيما يظهر مالو باع الشجرة دون الثمرة فيشترط لصحة القبض تفريغ الشجرة من الثمرة لأنها وإن لم تكن ظرفا حقيقيا لها لكنها أشبهت الظروف لأن وجود الثمرة على الشجرة مانع من التصرف فيها (قوله أمره له بالتحويل) أى حيث امتثل أمره وتحول بالفعل ،

المنقول غير مستقل كالفوقانى من حجرى الرحا أى فلا يشترط نقله (قوله أو التخلية) لعل المراد تقدير إمكان التخلية لو فرضناه بيد البائع ، وإلا فلا معنى لمضى إمكان التخلية مع أنه مخلى بالفعل .

كذلك ولا وطء الجارية ، وقول الرافعى فى كتاب الغصب : لو ركب المشترى الدابة أو جلس على الفراش حصل الضمان ثم إن كان ذلك بإذن البائع جاز له التصرف أيضا وإن لم ينقله وإلا فلا مسلم فى الضمان غير مسلم فى التصرف للنهى الصحيح عن بيع الطعام حتى يحوّلوه ، ولا بد أن يكون المقبوض مرئيا للقابض كما فى البيع ، نص عليه فى الأم واعتمده الزركشى وغيره ، وظاهره عدم الفرق بين الحاضر والغائب ، وحمله بعضهم على الحاضر دون الغائب لأنه يتسامح فيه مالا يتسامح فى الحاضر ، و مرّ الاكتفاء فى الثمرة والزرع فى الأرض بالتخلية فيستثنى ذلك من كلامه هنا وأن إتلاف المشترى قبض وإن لم يجر نقل . قال ابن الرفعة كالماوردى : والقسمة وإن جعلت بيعا لايحتاج فيها إلى تحويل المقسوم ، إذ لاضمان فيها حتى يسقط بالقبض ، ولو باع حصته من مشترك لم يجز له اذن فى قبضه إلا بإذن شريكه وإلا فالحاكم : فإن أقبضه البائع صار طريقا فى الضمان والقرار فيما يظهر على المشترى عالما

أما لو أمره به ولم يتحوّل فلا يكون قبضا ، ومثله مالو تحوّل لجهة غير الجهة التى أمره بها (قوله كذلك) أى واقفا (قوله مسلم فى الضمان) وقياس مايأتى فيما لو قبض المقدّر جزافا من أنه يضمنه ضمان عقد أنه هنا كذلك لحصول الإذن فى قبضه (قوله مرئيا للقابض) أى وقت القبض أيضا كوقت الشراء ، وعليه فلو اشتراه وكيل سبقت رؤيته له دون الموكل صح عقده ، ولو قبضه الموكل مع غيبة المبيع اكتفى بتخلية البائع له وتمكينه من التصرف فيه وإن لم يره ، ومقتضاه أنه لايشترط فى الموكل حينئذ الإبصار لعدم اشتراط رؤية مايقبضه ، هذا ومقتضى كلام الشارح اعتماد التعميم حيث جعله ظاهر النص وجعل الحمل مقابله ولم يصرح باعتماد الحمل . فإن قلت : الأعمى يصح السلم منه ويوكل من يقبض له أو يقبض عنه ، وظاهره أنه لافرق فى المسلم فيه بين كونه حاضرا وقت القبض أو غائبا . قلت : الظاهر أنه لايتصور فيه القبض مع الغيبة لأن عقد السلم ورد على ما فى الذمة وما فيها ليس متعينا فى عين من الأعيان حتى لو وكل من يعينه لايتعين كونه عن المسلم فيه بمجرد التعيين ، وإنما يحصل ذلك بقبضه فشرط لصحته توكيل ومن لازمه الرؤية ، بخلاف ماهنا فإن المعقود عليه متعين لورود العقد عليه ، ثم ماذكر من أن المسلم فيه لايتأتى قبضه فى الغيبة ظاهر فى الأعمى لأنه لايعقد إلا على ما فى الذمة ، وعليه لو أسلم البصير معينا لمن هو فى يده اكتفى فى قبضه بمضىّ زمن يمكن فيه الوصول إليه (قوله وظاهر عدم الفرق) معتمد (قوله بين الحاضر والغائب) لعل المراد بالرؤية بالنسبة للغائب أن يكون مستحضرا لأوصافه التى رآه بها قبل ذلك ، سواء كان هو العاقد أو غيره كأن وكل من اشتراه وتولى هو قبضه فلا بد إذا كان المبيع غائبا من كونه رآه قبل ذلك ولا يكتفى برؤية الوكيل (قوله وحمله بعضهم) هو حج (قوله والقسمة) أى قسمة الإفراز كما تقدم له عند قول المصنف وموروث ، وعبارة سم على حج : قال فى الروض وشرحه : وله بيع مقسوم قسمة إفراز قبل قبضه ، بخلاف قسمة البيع : أى بأن كانت قسمة تعديل أو ردّ ليس له بيع ما صار له فيها من نصيب صاحبه قبل قبضه اه (قوله حتى يسقط بالقبض) قال حج : وفيه نظر مأخذه مامرّ أن علة منع التصرف قبل القبض ضعف الملك لاتوالى ضمانين كما مر (قوله من مشترك) أى عقارا كان أو منقولا على مايقتضيه إطلاقه وسيأتى فى كلام سم عنه مايخالفه ، وهو أقرب . ويوجه بأن المنقول بتسليمه للمشترى يخشى ضياعه بخلاف غيره (قوله لم يجز له اذن) أى ومع ذلك القبض صحيح كما هو ظاهر مر اه سم على حج وعبارته على منهج .

[فرع] اشترى حصة أحد الشريكين من عقار شائع بينهما يتجه أنه لايشترط فى صحة القبض إذن شريك

(قوله إذ لاضمان فيها الخ) فيه نظر ظاهر ، إذ لاتلازم بين رفع الضمان وصحة التصرف ، ثم رأيت الشهاب حج

بالحال أو جاهلا لحصول التلف عنده وإن خص بعضهم ضمان البائع بحالة الجهل لأن يد المشترى فى أصلها يد ضمان فلم يؤثر الجهل فيها ، ولو اشترى الأمتعة مع الدار صفقة اشترط فى قبضها نقلها كما لو أفردت ، ولو اشترى صبرة ثم اشترى مكانها لم يكف خلافا للماوردى كما لو اشترى شيئا فى داره فإنه لابد من نقله وما فرق به بينهما غير معمول به (فإن جرى البيع) فى أى مكان كان وأريد القبض والمبيع (بموضع لايختص بالبائع) يعنى لايتوقف حل الانتفاع به على إذن كمسجد وشارع وموات وملك مشتر أو غيره وقد ظن رضاه (كفى) فى قبضه (نقله إلى حيز) منه لوجود التحويل من غير تعذر ، وقوله لايختص بالبائع قيد فى المنقول إليه لا منه ، فلوكان بمحل يختص به فنقله لما لا يختص به كفى ، ودخول الباء على المقصور عليه لغة صحيحة وإن كان الأكثر دخولها على المقصور (وإن جرى)البيع ثم أريد القبض والمبيع (فى دار البائع) يعنى فى محل له الانتفاع به ولو بنحو إجارة وعارية ووصية ووقف (لم يكف ذلك) النقل فى قبضه (إلا بإذن البائع) فيه لأن يد البائع عليها وعلى مافيها تبعا. نعم لوكان يتناول بالية

البائع بل يكفى إذن البائع مع التفريغ من متاع غير المشترى لأن اليد على العقار حكمية فلا ضرر فيها على الشريك بخلاف المنقول وفاقا فى ذلك لمر بحثا اهـ . أقول : وعليه فيشترط فى المنقول لصحة قبضه إذن الشريك ، فلو وضع يده عليه بلا إذن من الشريك لم يصح القبض ، فلو تلف فى يده انفسخ العقد ولا يصح تصرفه فيه ، وفى سم على حج أيضا مانصه : ومع ذلك : أى عدم جواز إذن البائع إلا بإذن الشريك القبض صحيح كما هو ظاهر مر فهو موافق لما فى الشرح هنا بخلاف كلامه فى حاشية المنهج (قوله اشترط فى قبضها) أى الأمتعة نقلها يستثنى من ذلك مالو اشترى دارا بها بئر ماء فإنه لايتوقف قبض الماء على نقله لكونه يعدّ تابعا بالإضافة إلى المقصود ، ثم رأيت سم على منهج صرح بذلك نقلا عن مر : أى ولا يخالف هذا مالو اشترى عبدا مع ثوب هو حامله أو صندوقا مع مافيه حيث اكتفى فى قبضهما بتحويل العبد ونقل الصندوق فإن كلا المبيعين هناك منقول فاكتفى فى قبضهما بنقلهما معا بخلاف ما هنا (قوله لم يكف) أى عن نقل الصبرة فلا بدّ من النقل وإن ترتب على نقلها فسادها كمخزن ملآن زيتونا وترتب على نقل الزيتون فساده فلا بد من نقله ، وهل يشترط لصحة قبض المكان تفريغه من الصبرة لكونها فى يد البائع وضمانه وإن كانت ملكا للمشترى أولا لصدق متاع المشترى عليها وهو لايشترط التفريغ منه كما سبق ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى (قوله وقد ظن رضاه) ليس بقيد لما سيأتى فى قوله والمعتمد خلافه فقد أفتى الخ ، أو محمول على ما إذا كان مشتركا بين البائع والمشترى (قوله قيد فى المنقول إليه لا منه) إن أراد حمل المتن على ذلك فهو تكلف تام ومخالف لزيادة قوله والمبيع أو بيان الحكم فى نفسه فلا إشكال اهـ سم على حج (قوله والمبيع فى دار البائع) دخل فيه مالو كانت الدار للبائع ولكنها مغصوبة منه تحت يد المشترى ، وعليه فلابد من إذن البائع فى نقل المبيع إلى موضع منها ، وقد يقال : لايتوقف على إذنه لأن يد الغاصب لم تزل عنها فلا تعدّ يد البائع عليها من حيث الملك مانعة من دخول المبيع فى يد المشترى (قوله له الانتفاع به) أى دون المشترى فلا يرد الموات ونحوه ،

نظر فيه (قوله وإن خص بعضهم الخ) صوابه كما عبر به الشهاب حج خلافا لمن خص الضمان بالبائع فى حالة الجهل لأن يد المشترى الخ (قوله وقد ظن رضاه) وكذا إن لم يظنه كما سيأتى فى الشرح (قوله قيد فى المنقول إليه) قال الشهاب سم على التحفة : إن أراد حمل المتن على ذلك فهو تكلف تام ومخالف لزيادة قوله والمبيع أو بيان الحكم فى نفسه فلا إشكال (قوله فى محل له الانتفاع به) شمل نحو الشارع وليس مرادا كما هو ظاهر إلا أن يقال مراده

غادة فتناوله ثم أعاده كفى ، لأن قبض هذا لايتوقف على نقل آخر فاستوت فيه الأحوال كلها (فيكون) مع حصول القبض (معيرا للبقعة) التى أذن فى النقل إليها كما لو استعارها من غيره ، وقوله لم يكف محله بالنسبة إلى التصرف ، أما بالنسبة إلى حصول الضمان فإنه يكون كافيا لاستيلائه عليه ، وكذا لو أذن له فى مجرد التحويل وإن لم يكن له حق الحبس فيما يظهر خلافا لبعض المتأخرين ، هذا كله فى منقول بيع بلا تقدير ، فإن بيع بتقدير فسيأتى ، ولا يشكل على ما تقرر من كونه معيرا للبقعة بالإذن وإن كان الاستحقاق بعارية مع أن المستعير لايعير لما يأتى أن له إقامة من يستوفى له المنفعة لأن الانتفاع راجع إليه ، وما هنا من هذا إذ النقل للقبض انتفاع يعود للبائع ببراءته عن الضمان فيكفى إذنه فيه ولم يكن محض إعارة حتى يمتنع ، وحينئذ فتسميته فى هذه معيرا باعتبار الصورة لا الحقيقة ، ولو جرى والمبيع فى دار أجنبى لم يظن رضاه اشترط إذنه أيضا كذا قيل ، والمعتمد خلافه فقد أفتى الوالد رحمه الله تعالى بالاكتفاء بنقله فى المغصوب ، بخلاف المشترك بين البائع وغيره ولو المشترى فلا بد من إذنه لأن له يدا عليه وعلى ما فيه فتستصحب لترجحها بأن الأصل عدم القبض ولأن العرف لا يعده قبضا ، وقد صرح بشمول المكان المغصوب الأسنوى ووضع البائع المبيع بين يدى المشترى بقيده المار أول الباب قبض وإن نهاه . نعم لو خرج مستحقا لم يضمنه لأنه لم يضع يده عليه ، وضمان اليد لابد فيه من حقيقة وضعها ، وقبض الجزء الشائع بقبض الجميع

لكنه يخرج مالو كانت الدار مغصوبة بيد البائع فلا يتوقف النقل فيها على إذن البائع لأنه لايد له على المكان فنقل المشترى له فيه بلا إذن كنقله إلى مغصوب بيد آخر وهو كاف (قوله ثم أعاده) مجرد تصوير وإلا فالحكم كذلك وإن لم يعده (قوله معيرا للبقعة) قال حج : قال القاضى وتبعوه وكنقله بإذنه نقله إلى متاع مملوك له أو معار فى حيز يختص البائع به ، ومحله أن وضع ذلك المملوك أو المعار فى ذلك الحيز بإذن البائع كما هو ظاهر اه . أقول : وقضية كلام شرح المنهج خلافه ، سيما وقد قال : ويمكن دخوله أى المتاع فى قوله ما لايختص بائع به لصدقه بالمتاع وهو من حيث المعنى ظاهر لأنه أذن فى وضع المتاع فى المكان كأن وضع المتاع فيه فى الحقيقة بإذن البائع فلا يحسن قوله وكنقله بإذنه نقله إلى متاع مملوك له أو معار الخ (قوله أما بالنسبة إلى حصول الضمان) أى ضمان يد فإن تلف انفسخ العقد وسقط الثمن (قوله وكذا) أى فلا يكفى (قوله لو أذن له) قال سم على حج : وينبغى أن الأمر كذلك إذا لم يحصل إذن مطلقا (قوله فيما يظهر) نقل سم على منهج التقييد بما إذا كان له حق الحبس عن شرح الروض ووجهه ، ثم قال : لكن فى تخييلى أن مر نقل عن والده واعتمده خلاف هذا القيد : أى فلا يكفى مجرد الإذن فى النقل سواء كان له حق الحبس أولا اه (قوله وإن كان الاستحقاق) أى للبائع (قوله باعتبار الصورة) قضية هذا أنها لو تلفت البقعة تحت يد المشترى لم يضمن ، وهو ظاهر لما ذكره من أنه فى الحقيقة نائب فى استيفاء المنفعة عن المستعير (قوله فلا بد من إذنه) أى ولا يتوقف على إذن شريكه (قوله بقيده المار) وهو كونه بحيث يمكن تناوله باليد وعلم به ولا مانع (قوله لم يضمنه) أى المشترى وإن أمره بوضعه (قوله وقبض الجزء الشائع) خرج به المعين فلا يصح قبضه إلا بقطعه سواء كانت تنقص قيمته بقطعه أم لا ، ولعل وجهه أن المعين لما كان المقصود من العقد عليه الانتفاع به وحده اشترط لصحة قبضه قطعه ليحصل المقصود به ، بخلاف الشائع فإنه لايتأتى الانتفاع به وحده وإنما يكون

بالانتفاع أخص من مجرد الارتفاق بقرينة قوله بنحو الخ (قوله لايتوقف على نقل الخ) عبارة التحفة : لايتوقف على نقل لمحل آخر فاستوت فيه الحال كلها انتهت : أى فلا يشترط نقله عن محل البائع (قوله مع أن المستعير لايعير)

والزائد أمانة :

[فرع] زاد الترجمة به (للمشترى قبض المبيع) استقلالا (إن كان الثمن مؤجلا) وإن حل ولم يسلمه على الأصح إذ لا حق له فى الحبس (أو) كان حالا كله أو بعضه و (سلمه) أى الحال ويقوم مقام تسليمه عوضه إن استبدل عنه أو صالح منه على دين أو عين فيما يظهر ولو بإحالته المستحق له بشرطه وإن لم يقبضه فى مسئلة الحوالة لانتفاء حق البائع فى الحبس حينئذ (وإلا) بأن كان حالا من الابتداء ولم يسلم جميعه لمستحقه (فلا يستقل به) بل لا بد من إذن البائع لبقاء حق حبسه ، فإن استقل رده ولم ينفذ تصرفه فيه . نعم يدخل فى ضمانه فيطالب به لو خرج مستحقا ويعصى بذلك ، وقول بعضهم هنا : إنه لو تعيب لم يثبت الرد على البائع أو استرد فتلف ضمن الثمن للبائع مبنى على أن المراد بالضمان ضمان العقد ، والراجح أنه ضمان اليد ، ولو أتلفه البائع فى يد المشترى ففيه وجهان : أوجههما كما علم مما مر الانفساخ (ولو بيع الشيء تقديرا كثوب وأرض ذرعا) بالمعجمة (وحنطة كيلا أو وزنا)

بجملة ماهو جزء منه فجعل قبضه بقبض الجميع ، لكن فى سم على منهج عند قول المصنف أول المبيع ولا يصح بيع جزء معين تنقص بفصله قيمته أو قيمة الباقى ما حاصله أنه قد يقال ما المانع من حصول قبض الجزء المعين بقبض الجملة فلا يتوقف قبض الجزء على قطعه (قوله والزائد أمانة) أى إذا قبضها انتقل يد البائع عنها فقط ، أما إن قبضها لينتفع بها بإذن من الشريك وجعل علفها فى مقابلة الانتفاع بها فإجارة فاسدة ، فإن تلفت بلا تقصير لم تضمن ، وإن أذن له فى الانتفاع بها لا فى مقابلة شيء فعارية ، وإن وضع يده عليها بلا إذن فغاصب كما ذكره ابن أبى شريف (قوله زاد الترجمة) ولعل حكمة الزيادة فى هذا وما بعده التنبيه على ابتنائه على ماقبله (قوله استقلالا) بمعنى أنه لا يتوقف صحة قبضه على تسليم البائع ولا إذنه فى القبض ، ولكن لوكان المبيع فى دار البائع أو غيره فليس للمشترى الدخول لأخذه من غير إذن فى الدخول لما يترتب عليه من الفتنة وهتك ملك الغير بالدخول بلا ضرورة ، فلو امتنع صاحب الدار من تمكينه من الدخول جاز له الدخول لأخذ حقه لأن صاحب الدار بامتناعه من التسليم يصير كالغاصب (قوله فيما يظهر) ظاهره رجوعه لكل من قوله استبدل أو صالح ، وعبارة حج بعد قوله إن استبدل عنه وكذا لو صالح منه على دين أو عين على الأوجه وهى تفيد أن ماقبل كذا منقول هذا ، وصريح قوله ويقوم مقام تسليمه الخ أنه لو تعوض عن الثمن عينا من المشترى ولم يسلمها للبائع لم يجز للمشترى الاستقلال بقبض المبيع ، ثم رأيت سم على منهج قال ما نصه : قوله وللبائع الخ ع قال الغزالى : لو استبدل عن الثمن ثوبا فليس له الحبس لقبضها وفيه كلام آخر اهـ عراقى . وقد يقال معنى قول الشارح ويقوم مقام تسليمه عوضه أنه على تقدير مضاف : أى تسليم عوضه فيخالف قول العراقى ليس له الحبس ويوافقه ما اقتضاه قوله وفيه كلام آخر (قوله بشرطه) هو مفرد مضاف فيعم كل شرط لعقد الحوالة (قوله نعم يدخل فى ضمانه) ضمان يد ، فإذا تلف فى يده انفسخ العقد وسقط عنه الثمن ويلزمه البدل الشرعى كما يأتى (قوله وقول بعضهم) جرى عليه حج (قوله ولو أتلفه) أى المبيع الذى استقل بقبضه المشترى (قوله الانفساخ) أى ويسقط الضمان عن المشترى

يجب حذف لفظ مع إذ مابعده هو فاعل يشكل كما يعلم بمراجعة عبارة التحفة (قوله إذ لا حق له) يعنى البائع المفهوم من المقام (قوله عوضه) أى تسليمه بقرينة قوله فيما يأتى وإن لم يقبضه فى مسئلة الحوالة فاقتضى أنه لا بد من القبض هنا (قوله المستحق له) معمول لقول المصنف سلمه ، وإنما قال المستحق له ولم يقل البائع ليشمل الموكل والمولى بعد نحو رشده ونحو ذلك ، وقوله بشرطه : أى بأن كان المستحق أهلا للتسليم ليخرج نحو الصبى ، وظاهر عبارة التحفة أن قوله بشرطه يرجع للحوالة وكل صحيح (قوله لم يثبت الرد على البائع) أى لم يثبت المشترى الرد القهرى على البائع أى لأنه عيب حادث فى يده على هذا (قوله والراجح أنه ضمان اليد) أى فله الرد على البائع إذا

ولبن عداً (اشترط) فى قبضه (مع النقل ذرعه) فى الأوّل (أو كيله) فى الثانى (أو وزنه) فى الثالث أو عده فى الرابع لورود النص فى الكيل فى خبر مسلم « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتاله » دل على أنه لايحصل فيه القبض إلا بالكيل ، وليس بمعتبر فى بيع الجزاف بالإجماع فتعين فيما قدر بكيل وقيس به البقية ، وعبر بأو تارة وبالواو أخرى لما علم من كلامه من تعذر اجتماع الذرع مع غيره بخلاف الوزن والكيل ، أو لئلا يتوهم اشتراط اجتماعهما وإنما قدر بأحدهما ولابد من وقوع ذلك من البائع أو نائبه ، فلو أذن للمشترى أن يكتال من الصبرة عنه لم يجز لاتحاد القابض والمقبض كما ذكراه هنا ، وما وقع فى كلامهما قبل ذلك مما يخالفه يمكن تأويله ، ولو قبضه جزافا أو أخذه بمعيار غير ما اشتراه به كان ضامنا أخذا مما مر لا قابضا ، فلو تلف فى يده ففى انفساخ العقد وجهان صحح منهما المتولى المنع لتمام القبض وحصول المال فى يده حقيقة وإنما بقى معرفة مقداره وهو المعتمد ،

وكأن البائع استرده (قوله وقيس به البقية) أى من كل مابيع مقدرا (قوله وبالواو أخرى) ليس فى هذه النسخة تعبير بالواو بالنسبة لقوله اشترط مع النقل ذرعه الخ ، فمراده بقوله وعبر بالواو الخ قوله كثوب وأرض ذرعا وحنطة كيلا أو وزنا فعبر بالواو فى قوله وحنطة كيلا وبأو فى قوله أو وزنا لئلا يتوهم من التعبير فيها بالواو جواز الجمع فى الحنطة بين الكيل والوزن مع أن الجمع بينهما مفسد للعقد (قوله وإنما قدر) أى وإنما يقدر بأحدهما فقط (قوله أن يكتال من الصبرة) أى بعد عقد البيع (قوله يمكن تأويله) أى كأن يقال أذن له فى تعيين من يكتال للمشترى عن البائع كما يؤخذ من قوله الآتى ولو قال لغريمه وكل من يقبض لى منك الخ ، أو يقال إن البائع أذن للمشترى فى كيله ليعلما مقداره فقط ففعل ذلك ثم سلم جملته له البائع بعد علمهما بالمقدار ، فكيل المشترى ليس قبضا ولا إقباضا وإنما المقصود منه معرفة مقدار المبيع (قوله كان ضامنا) ثم لو تنازعا مع البائع فى مقداره فينبغى تصديق البائع لأن المشترى التزم الثمن بالعقد وهو يريد حط شىء منه والأصل عدم مايوجب السقوط (قوله أخذا مما مر) أى فى مطلق الضمان فلا ينافى فى ما يأتى أنه ضمان عقد (قوله صحح منهما المتولى المنع) وعليه فهو مضمون ضمان عقد ، فإذا تلف فى يده لاينفسخ العقد ويستقرّ عليه الثمن (قوله وهو المعتمد) وعليه فلعل الفرق بين هذا وما تقدّم فيما لو نقله بغير إذن من أنه مضمون ضمان يد أن حق الحبس للبائع مانع من زوال يده عن المبيع حكما ، وفى مسئلتنا لما لم يكن له حق ولو كان الغرض من التقدير مجرد معرفة القدر لم يبق للبائع به تعلق ألبتة بل زالت يده عنه حسا وحكما ، فكان الحاصل من المشترى قبضا حقيقيا ، وعدم نفوذ تصرفه فيه لاينافى ذلك لجواز أن يكون عدم النفوذ لمجرد عدم علمه بمقدار حقه ، لكن هذا الفرق قد يتخلف فيما لو أذن له البائع فى مجرد النقل فنقله إلى موضع من دار البائع ، إلا أن يقال لما كان المنقول إليه حقا للبائع ولم يأذن فى النقل إليه كان وضع

تعيب وينفسخ العقد إذا تلف (قوله فى الأول) يعنى المذروع ، وقوله فى الثانى يعنى المكيل ، وقوله فى الثالث يعنى الموزون ، وقوله فى الرابع يعنى المعدود (قوله لما علم من كلامه) أى هذا ، وإيضاح ذلك حسب ماظهر لى أنه لما كان المكيل متعذرا مع الذرع لم يضره عطفه عليه بالواو لعدم تأتى التوهم فيه ، بخلاف الوزن مع الكيل لو عطف فيهما بالواو لتوهم اشتراط اجتماعهما فعطف الوزن بأو لدفع هذا التوهم ، وعليه فكان الأولى حذف أو من قول الشارح أو لئلا يتوهم الخ ليكون علة لما قبله ، وانظر مامعنى قوله وإنما قدر بأحدهما ، ولعل مراده به أنه لايصح التقدير إلا بأحدهما ، فالتقدير بهما مفسد وإن كان هذا بعيدا من عبارته (قوله كان ضامنا) أى ضمان عقد ليوافق ترجيحه عدم الانفساخ الآتى ، وبه صرح الشهاب سم ، وقوله لاقابضا : أى قبضا مجوّزا للتصرف كما فى شرح الروض : أى لانتفاء شرطه من التقدير (قوله لتمام القبض) أى المضمن كما علم مما مر

وسكت الشيخان عن ترجيحه هنا لأنهما جريا عليه فى باب الربا ولو تنازعا فيمن يكيل نصب الحاكم كيالا أمينا يتولاه ، ويقاس بالكيل غيره وأجرة كيال المبيع أو وزانه أو من ذرعه أو عده ومؤنة إحضاره إذا كان غائبا إلى محل العقد : أى تلك المحلة على البائع ، وأجرة نحو كيال الثمن ومؤن إحضار الثمن الغائب إلى محل العقد على المشترى وأجرة النقل المحتاج إليه فى تسليم المبيع المنقول عليه أيضا ، وقياسه أن يكون فى الثمن على البائع ومؤن نقد الثمن على البائع ، وقياسه أن يكون فى المبيع على المشترى إذ القصد منه إظهار عيب به إن كان ليرد به ، وسواء أكان الثمن معينا أم لا كما أطلقاه ، وإن قيده العمرانى فى كتاب الإجارة بما إذا كان الثمن معينا ، ولو أخطأ النقاد فظهر بما نقده غش وتعذر الرجوع على المشترى فلا ضمان عليه وإن كان بأجرة كما أطلقه صاحب الكافى وهو المعتمد وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، وإن قيده الزركشى بما إذا كان متبرعا لكن لا أجرة له كما لو استأجره للنسخ فغلط فإنه لا أجرة له ، أى إذا كان الغلط فاحشا خارجا عن العرف بحيث لا يفهم معه الكلام غالبا أو تعدى كما يأتى فى الإجارة لا يقال : قياس غرم أرش الورق ثم ضمانه هنا لأنا نقول : فهو ثم مقصر مع إحداث فعل فيه وهنا مجتهد ، والمجتهد غير مقصر مع انتفاء الفعل هنا والقول بأنه هنا مغرر فيضمن لذلك ووفاء بما يقابل الأجرة ليس بشىء (مثاله

المشترى له فيه لغوا فكأن يد البائع لم تزل عنه ، فأشبه مالو أذن له فى نقله فلم ينقله من موضعه (قوله أى تلك المحلة) أى لا خصوص موضع العقد (قوله إلى محل العقد) أى تلك المحلة (قوله المنقول عليه) أى المشترى ظاهره وإن بيع مقدرا وهو واضح ، وعبارة حج بخلاف النقل المتوقف عليه القبض فيما بيع جزافا ، ولعله إنهما قيد بالجزاف لأنه الذى يحتاج إلى التحويل دائما ، وأما المقدر بنحو الكيل فقد لا يحتاج إلى نقله بعد التقدير بجواز أن يكيله البائع ويسلمه للمشترى فيتناوله بيده ويضعه فى مكان لا يختص بالبائع (قوله معينا أم لا) خلافا لحج (قوله العمرانى) بالكسر و السكون إلى العمرانية ناحية بالموصل اهـ لب اللباب للسيوطى (قوله غش) أى زيف (قوله فلا ضمان عليه) أى النقاد .

[فرع] لو أخطأ القبانى فى الوزن ضمن كما لو غلط فى النقش الذى على القبان ، ولو أخطأ نقاش القبان كأن قال هو مائة فبان أقل أو أكثر ضمن : أى النقاش لأنه ليس بمجتهد : أى بخلاف النقاد اهـ عبد البر على منهج وأقول : فى تضمين النقاش نظر لأن غايته أنه أحدث فيه فعلا ترتب عليه تغرير المشترى وبتقدير إخباره كاذبا فالحاصل منه مجرد تغرير أيضا وهو لا يقتضى الضمان ، وكذا لو أخطأ الكيال أو العداد لأن كلا من الثلاثة غير مجتهد فيه فينسبون فى خطئهم إلى تقصير ، وينبغى أن مثل ذلك فى الضمان بالأولى ، ولو أخطأ النقاد من نوع إلى نوع آخر وكان المميز بينهما علامة ظاهرة كالريال والكلب مثلا والجيد والمقصوص وما لو كان لا يعرف النقد بالمرة وأخبر بخلاف الواقع (قوله لا أجرة له) أى فيما غلط فيه فقط دون البقية (قوله والمجتهد غير مقصر) مفهومه أنه إن قصر فى الاجتهاد أو تعمد الإخبار بخلاف الواقع ضمن ، وصرح به حج فى الشق الثانى ، وعليه فانظر الفرق بينه وبين نظائره من التغرير ، ومنها ما لو أخبره بحسن سلعة ونفاستها واشتراها بثمن كثير اعتمادا على إخباره فإنه لا يضمن ، وما لو غر بحرية أمة والغار غير السيد فإنه لا ضمان عليه على ما هو مبين فى محله ، ولعله أن الناقد بمنزلة الوكيل عن المشترى فى بيان زيف الثمن فكانت يده على الثمن إذا أخذه كيد الوكيل ، والوكيل إذا خان فيما وكل فيه ضمنه فجعل التقصير من النقاد كالتقصير من الوكيل ، فكما أن الوكيل يضمن بذلك فالنقاد مثله .

[تنبيه] لو اختلفا فى التقصير وعدمه صدق النقاد (قوله والقول بأنه هنا مغرر) أى حامل له على الغرر .

(قوله المحتاج إليه فى تسليم المبيع) صوابه قبض المبيع إذ الضمير فى عليه للمشترى وبه عبر فى التحفة

بعتكها) أى الصبرة (كل صاع بدرهم أو) بعتكها بكذا (على أنها عشرة آصع) وما نظر به فى المثال الثانى من أنه جعل الكيل فيه وصفا كالكتابة فى العبد فينبغى أن لا يتوقف قبضه عليه ردّ بأن كونه وصفا لا ينافى اعتبار التقدير فى قبضه لأنه بذلك الوصف سمى مقدرا بخلاف كتابة العبد (ولوكان له) أى لبكر (طعام) مثلا (مقدّر على زيد) كعشرة آصع (ولعمرو عليه مثله فليكتل) بكر (لنفسه) من زيد : أى يطلب منه أن يكيل له حتى يدخل فى ملكه (ثم يكيل لعمرو) لتعدد الإقباض هنا ، ومن شرط صحته الكيل فلزم تعدده لأن الكيلين قد يقع بينهما تفاوت ، وللنهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : يعنى صاع البائع وصاع المشترى ، ولو كال لنفسه وقبضه ثم كاله لغريمه فزاد أو نقص بقدر ما يقع بين الكيلين لم يؤثر فتكون الزيادة له والنقص عليه ، أو بما لا يقع بين الكيلين فالكيل الأول غلط فيردّ بكر الزيادة ويرجع بالنقص . نعم الاستدامة فى نحو المكيال كالتجديد فتكفى (فلو قال) بكر لعمرو (اقبض) ياعمرو من زيد (مالى عليه لنفسك عنى) أو احضر معى لأقبضه أنا لك (ففعل فالقبض فاسد) بالنسبة لعمرو لكونه مشروطا بتقدم قبض بكر ولم يوجد ولا يمكن حصولها لما فيه من اتحاد القابض والمقبض فيضمنه عمرو لأنه قبضه لنفسه ، ولا يلزمه رده لدافعه وصحيح بالنسبة لزيد فتبرأ ذمته لإذن دائنه بكر فى القبض منه له بطريق الاستلزام ، إذ قبض عمرو لنفسه متوقف على قبض بكر كما تقرر ، فإذا بطل المقصود شرطه بقى لازمه وهو القبض لبكر فحينئذ يكيله لعمرو ويصح قبضه له ، ولا يجوز توكيل من يده كيد المقبض فى القبض كرقيقه ولو مأذونا له فى التجارة بخلاف ابنه وأبيه ومكاتبه ، ولو قال لغريمه وكل من يقبض لى منك أو قال لغيره وكل من يشترى لى منك صح ويكون وكيلا له فى التوكيل فى القبض أو الشراء منه ، ولو وكل البائع رجلا فى الإقباض ووكله المشترى فى القبض لم يصح توكيله لهما معا لما مرّ ، ولو قال لغريمه : اشتر بهذه الدراهم لى مثل ما تستحقه علىّ واقبضه لى ثم لنفسك صح الشراء والقبض الأول دون الثانى ، وللأب وإن علا تولى طرفى القبض كما يتولى طرفى البيع كما مرّ فى بابه .

[فرع] زاد الترجمة به أيضا إذا (قال البائع) عن نفسه لمعين بثمن حالّ فى الذمة بعد لزوم العقد (لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشترى فى الثمن مثله) أى لا أسلمه حتى أقبض المبيع وترافعا إلى الحاكم (أجبر البائع) على

قال فى المختار : وغره يغره بالضم غرورا خدعه (قوله بتعدد الإقباض) أى يتعدد من عليه الحق (قوله فتكون الزيادة له) أى للقابض أولا ، ويتأمل وجه كون الزيادة له والنقص عليه المقتضى ذلك لصحة كل من القبضين مع الاتفاق على تقدير ما قبضه بقدر معين ، وقد يقال فى توجيه أن قبضه الأول لما حكم بصحته حكم بملك المقبوض جميعه له ومنه الزائد ويملك الناقص ناقصا فله المطالبة بنقصه ، ولما أراد دفعه للثانى عمل بما يقتضيه الكيل كما لو أراد دفعه من غير ذلك المقبوض (قوله نعم الاستدامة الخ) ويترتب على ذلك أنه لو اشترى ملء ذا الكيل برا بكذا وملئ واستمر جاز للمشترى بيعه ملآنا ولا يحتاج إلى كيل ثان (قوله لنفسك عنها) مفهومه أنه لو لم يقل عنى لم يصح القبض لواحد منهما ، ويحمل قوله مالى عليه على نحو خذ منه مثل مالى عليه لنفسك قرضا مثلا وأنا أمهلك بمالى عليك ، ولم يذكر حج قوله عنى وقضيته صحة القبض لزيد مطلقا (قوله ولا يلزمه رده) أى بل لا يجوز له ردّه إلا بإذن بكر لأن قبضه له وقع صحيحا وبرئت به ذمة عمرو فلا يتصرف فيه بغير إذن مالكه (قوله لما مرّ) أى من اتحاد القابض والمقبض (قوله لمعين) أى لمبيع معين (قوله أجبر البائع) أى وجوبا اه سم

(قوله يعنى صاع البائع وصاع المشترى) أى ويقاس بهما غيرهما مما شمله إطلاق المتن ، وانظر ما الصورة التى

الابتداء بالتسليم لرضاه بذمته ولاستقرار ملكه لأمنه من هلاكه ونفوذ تصرفه فيه بالحوالة والاعتياض وملك المشترى للمبيع غير مستقر فعلى البائع تسليمه ليستقر ، أما المؤجل فيجبر البائع قطعا (وفى قول المشترى) لأن حقه متعين فى المبيع وحق البائع غير معين فى الثمن فأجبر (ليتساويا وفى قول) لا إجبار لأن كلا منهما ثبت له إيفاء واستيفاء . فلا ترجيح ، ورد بأن فيه ترك الناس يتمانعون الحقوق ؛ وعليه يمنعهما الحاكم من التخاصم وحينئذ (فمن سلم) منهما لصاحبه (أجبر صاحبه) على التسليم إليه (وفى قول يجبران) لوجوب التسليم عليهما فيلزم الحاكم كلا منهما بإحضار ما عليه إليه أو إلى عدل ثم يسلم كلا ماوجب له والخيرة فى البداءة إليه (قلت فإن كان الثمن معينا) كالمبيع (سقط القولان الأولان من الأقوال الثلاثة الأخيرة سواء أكان الثمن نقدا أم عرضا كما صرح به فى الشرح الصغير وزوائد الروضة ،ولا ينافى ذلك تصوير الرافعى فى الشرح الكبير سقوطهما فى بيع عرض بعرض . قال الشارح : لأن سكوته عن النقد لاينفيه (وأجبرا فى الأظهر ، والله أعلم) لاستواء الجانبين فى تعيين كل . أما لو باع نيابة عن غيره كوكيل وولى وناظر ، ووقف وعامل قراض . لم يجبر على التسليم ، بل لايجوز له حتى يقبض الثمن كما يعلم من كلامه فى الوكالة ولا يتأتى هنا إلا إجبارهما أو إجبار المشترى ،ولو تبايع نائبان عن الغير لم يتأت إلا إجبارهما (وإذا سلم البائع أجبر المشترى) على التسليم فى الحال (إن حضر الثمن) أى عينه إن تعين وإلا فنوعه مجلس العقد للزوم التسليم عليه بلا مانع ولإجباره عليه لم يتخير البائع وإن أصر على عدم التسليم إليه ، وفى الثانية بالإجبار عليه يصير

(قوله ولاستقرار ملكه) أى البائع بمعنى أن مافى الذمة لايتصور تلفه فلا يسقط بذلك اه مؤلف (قوله من هلاكه) أى الثمن (قوله ونفوذ تصرفه) أى البائع (قوله فيجبر البائع قطعا) أى وإن حل (قوله ليتساويا) أى فى تعين حق كل منهما (قوله فى البداءة إليه) أى الحاكم (قوله فإن كان الثمن معينا كالمبيع) بقى ما إذا كان الثمن معينا والمبيع فى الذمة ، فالقياس إجبار المشترى لأنه رضى بذمة البائع ، وإن كانا فى الذمة قال حج :كانا كالمعينين : أى فيكون الأظهر إجبارها ، لكن هذه الصورة والتى قبلها إنما يأتيان على ما اعتمده الشارح من أن المبيع إذا كان فى الذمة وعقد عليه بلفظ البيع كان بيعا حقيقة فلا يشترط فيه قبض الثمن فى المجلس : أما على ماجرى عليه الشيخ فى منهجه من أنه بيع لفظا سلم معنى والأحكام تابعة للمعنى فلا يتأتى إجبار فيه لأن الإجبار إنما يكون بعد اللزوم ، وحيث قلنا هو سلم إذا جرى بلفظ البيع اشترط قبض رأس المال فى المجلس ، ثم إن حصل قبضه فى المجلس استمرت الصحة ولا يتأتى تنازع ولا إجبار لحصول القبض ، وإن لم يتفرقا ولم يقبض لم يتأت الإجبار لعدم اللزوم ، ويصرح بما ذكر قوله الآتى وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود الخ (قوله من الأقوال الثلاثة) عبارة حج من الأقوال الأربعة ، وعليها فمقابل الأظهر قوله وفى قول لا إجبار ، وعلى كلام الشارح مقابل الأظهر قوله أجبر البائع ، وعبارة الشيخ عميرة قوله وأجبرا فى الأظهر : أى فيكون القول الثالث جاريا وهو مقابل الأظهر ، هذا ماظهر لى وهو المراد إن شاء الله تعالى وهو موافق لحج (قوله أما لو باع) محترز قوله عن نفسه (قوله أو إجبار المشترى) هو ضعيف أى أو محمول على ما إذا باع بثمن معين ليس فى الذمة (قوله لم يتأت إلا إجبارهم) معتمد والإشارة راجعة للوكيل والولى (قوله لم يتأت إلا إجبارهما) قال فى العباب مطلقا اه سم على حج (قوله إن تعين)

يتنزل عليها النهى المذكور (قوله ولاستقرار ملكه) أى على الثمن فالضمير فى قوله هلاكه وما بعده يرجع إليه أيضا (قوله أى عينه إن تعين) أى ولو فى مجلس العقد إذ المعين فى المجلس كالمعين فى العقد ، وحينئذ فمعنى حضور نوعه

عليه فيه فلا يصح تصرفه فيه بما يفوّت حق البائع كما يؤخذ مما مرّ وإلا لم يكن للإجبار فائدة ، وظاهر كلام المصنف أنه يجبر على التسليم عن عين ماحضر ، لا يمهل لإحضار ثمن فورا ودفعه منه ، وهو واضح إن ظهر للحاكم منه عناد أو تسويف وإلا ففيه نظر . ووجه إطلاقهم أنه حيث حضر النوع فطلب تأخير ماعينه كأن فيه نوع عناد وتسويف ، وإنما اعتبر مجلس العقد دون مجلس الخصومة لأنه الأصل فلا نظر لغيره لأنه قد لايقع له خصومة (وإلا) أى وإن لم يحضر الثمن مجلس العقد (فإن كان معسرا) بأن لم يكن له مال يمكنه الوفاء منه غير المبيع (فللبائع الفسخ بالفلس) وأخذ المبيع لما سيأتى فى بابه ، وحينئذ فيشترط فيه حجر الحاكم ولا يفتقر الرجوع بعد الحجر إلى إذن الحاكم كما قاله الرافعى ، هذا إن سلم بإجبار الحاكم ، وإلا امتنع عليه الاسترداد والفسخ إن كانت السلعة وافية بالثمن لأنه سلطه على المبيع باختياره ورضى بذمته كما نقل ذلك السبكى عن القاضى أبى الطيب وغيره ، وإن اقتضى كلام الرافعى الإطلاق وتبعه عليه الشيخ فى شرح المنهج ، ولا ينافيه قول الشارح بإجبار أو دونه لأنه بالنسبة لما إذا حضر الثمن لا بالنسبة لما بعد إلا (أو) كان (موسرا وماله بالبلد) التى وقع العقد بها (أو بمسافة قريبة) منها وهى دون مسافة القصر (حجر عليه) الحاكم حيث لم يكن محجورا عليه بالفلس وإلا فلا فائدة له إذ حجر الفلس يتمكن فيه من الرجوع فى عين ماله كما سيأتى فى بابه (فى أمواله) كلها (حتى يسلم) الثمن لئلا يتصرف فيها بما يفوت حق البائع ، وهذا يخالف حجر الفلس فى أنه لايعتبر فيه ضيق ماله ولا يتسلط البائع به على الرجوع

كأن عين فى العقد (قوله كما يؤخذ مما مر) انظر فى أى محل مرّ ، ولعل مراده به قوله لم يتخير ، وعبارة حج : ويؤخذ منه : أى عدم التخيير أنه فى الثانية الخ (قوله فورا) معمول لاحضار (قوله فطلب) أى المشترى (قوله كان فيه) أى طلب التأخير (قوله نوع عناد) قد يمنع لجواز أن يكون له فى التأخير غرض كتسليم مالا شبهة فيه أو إبقائه (قوله لأنه الأصل) وعلم مما تقرر أنه لايطلق القول باعتبار بلد المخاصمة ولا بلد العقد ولا العاقد ولو انتقل إلى بلدة أخرى ، وكتب أيضا قوله لأنه الأصل : أى وإلا فلو وقعت الخصومة فى غير محل العقد كان العبرة بمحل الخصومة (قوله لأنه قد لايقع له خصومة) أى يكون حضور الثمن فى مجلسها غير مجلس العقد ، كأن يتوجه أحد الخصمين إلى مجلس الحاكم ويطلب الآخر فيه ، وحيث كان التعبير بمجلس العقد لمجرد كونه الأصل او حضر فى مجلس الخصومة أجبر على تسليمه كما هو واضح (قوله فيشترط فيه) أى جواز الفسخ (قوله هذا إن سلم الخ) معتمد ، والإشارة راجعة إلى قوله فللبائع الفسخ الخ (قوله لم يكن محجورا عليه الخ) فيه أمران : الأوّل أن الحجر بالفلس شرطه زيادة دينه على ماله ، وهذا ينافى اليسار الذى هو فرض مسئلتنا فكيف تقيد بعدم الحجر بالفلس المفهم مجامعة الحجر بالفلس ليساره إلا أن يقال المراد اليسار بالثمن وذلك يجامع الحجر بالفلس . والثانى أنه إذا كان محجورا عليه بالفلس ، فالبيع له هو الآتى فى باب الفلس فى قول المصنف ، والأصح أنه ليس لبائعه أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال وإن جهل فله ذلك ، وأنه إذا لم يمكن التعلق بها : أى بأن علم الحال لايزاحم الغرماء بالثمن اهـ . وبينا هناك أن الصحيح فى حالة الجهل أنه ليس له مزاحمة الغرماء فلا يتأتى حينئذ قوله هنا حتى يسلم الثمن ، هذا ولك أن تقول ينبغى تخصيص قوله حتى يسلم الثمن بغير مازاده الشارح بقوله إن

حضوره فى المجلس من غير تعيين أصلا (قوله فلا يصح تصرفه فيه) أى فى شىء منه كما يؤخذ مما سيأتى فى شرح قول المصنف أو موسرا وماله بالبلد الخ (قوله بما يفوت حق البائع) أى كالمبيع مثلا (قوله ووجه إطلاقهم أنه حيث حضر النوع الخ) هذا التوجيه جرى على الغالب من أن الخصام يقع فى موضع العقد

لعين ماله ولا يفتقر لسؤال الغريم ولا يتوقف على فك الحاكم بل ينفك بمجرد التسليم كما جزم به الإمام وتبعه البلقيني خلافا للأسنوى ، وينفق على ممونه نفقة الموسرين ولا يتعدى للحادث ولا يباع فيه مسكن وخادم ولا يحل به دين مؤجل جزما وإن قيل بحلوله به ثم ولهذا سمى هنا بالغريب (فإن كان) ماله (بمسافة القصر) فأكثر من بلد البيع فيما يظهر ، فلو انتقل للبائع منها إلى بلد آخر فالأوجه كما يقتضيه ظاهر تعليلهم بالتضرر بالتأخير اعتبار بلد البائع لا بلد البيع . لا يقال : التسليم إنما يلزم محل العقد دون غيره فليعتبر بلد العقد مطلقا : لأنا نقول : ممنوع لما سيعلم فى القرض أن له المطالبة بغير محل التسليم إن لم يكن له مؤنة أو تحملها ، فإن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها طالبه بقيمته فى بلد العقد وقت الطلب ، فإذا أخذها فهى الفيصولة لجواز الاستبدال عنه بخلاف السلم (لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره) لتضرره بتأخير حقه (والأصح أن له الفسخ) ولا يحتاج هنا للحجر خلافا لبعض المتأخرين لتعذر تحصيل الثمن كالإفلاس به ، والثانى ليس له الفسخ بل يباع المبيع ويؤدى حقه من الثمن كسائر الديون (فإن صبر) البائع إلى إحضار المال (فالحجر) يضرب على المشترى (كما ذكرناه) قريبا لئلا يفوت المال (وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه) الحال أصالة ، وكذا للمشترى حبس ثمنه حتى يقبض المبيع الحال كذلك ، وإنما آثر البائع بالذكر لما قدمه من تصحيح إجباره فذكر شرطه (إن خاف فوته) بتمليك ماله لغيره أو هربه أو نحو ذلك (بلا خلاف) لما فى التسليم حينئذ من الضرر الظاهر . نعم إن تمانعا وخاف كل صاحبه أجبرهما الحاكم كما هو واضح بالدفع له أو لعدل ثم يسلم كلا ماله (وإنما الأقوال) السابقة (إذا لم يخف) أى البائع (فوته) أى الثمن أو المشترى المبيع (وتنازعا فى مجرد الابتداء) بالتسليم واختلاف المكرى والمكترى فى الابتداء بالتسليم كاختلاف المتبايعين هنا ، وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود كما قاله الشيخ ، لأن الإجبار إنما يكون بعد اللزوم كما مر ، والسلم إنما يلزم بعد قبض رأس المال والتفرق من المجلس ، ولو تبرع البائع للمشترى بالتسليم لم يكن له الحبس ، وكذا لو أعاره البائع للمشترى كأن أجر عينا ثم باعها لغيره ثم استأجرها من

لم يكن محجورا عليه بالفلس فيندفع هذا الأمر الثانى اه سم على حج . أقول : ويبقى الأمر الأول . ويجاب عنه بما مر فى كلامه . هذا ، وقد يتوقف فيما أجاب به بأن يساره بالثمن إنما يكون بعد وفاء جميع الديون ، إذ بتقدير أن فى يده ما يفى بالثمن يتعلق به حق الغرماء فلا يكون موسرا به . ويمكن أن يجاب بأن اليسار إنما ينافى الفلس فى الابتداء أما بعده فلا ينافيه لجواز طروّ يساره بعد الحجر بموت مورث له أو اكتساب مايزيد به ماله على دينه فيصدق عليه الآن أنه موسر مع الحجر بالفلس ، لأن الحجر بالفلس لا ينفك إلا بفك قاض ولا يلزم من مجرد يساره بذلك فك القاضى له (قوله وإن قيل بحلوله) مرجوح (قوله منها) أى بلد المبيع (قوله اعتبار بلد البائع) أى الذى انتقل إليها (قوله مطلقا) أى سواء انتقل البائع منه أم لا (قوله كذلك) أى أصالة (قوله أو المشترى المبيع) أى فوت المبيع (قوله والتفرق من المجلس) أى فلله تضرر فسخ العقد أو مفارقة المجلس بلا قبض فينفسخ العقد (قوله ولو تبرع البائع للمشترى الخ) أى بعد اللزوم من جهة البائع ، فلا ينافى ما نقله سم على حج عن الروضة من قوله قال فى الروضة فى باب الخيار .

[فرع] لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشترى تسليم الثمن فى زمن الخيار ، فلو تبرع أحدهما بالتسليم

(قوله فلو انتقل البائع منها إلى بلد آخر) أى بينه وبين المال دون مسافة القصر كما هو ظاهر ، وإلا بأن كان أبعد من محل العقد إلى المال ، فظاهر أنه لا أثر له إذ الصورة أن المال بمسافة القصر من محل العقد

المستأجر وأعارها للمشترى قبل القبض كما قاله بعضهم ، وقال الزركشى : مرادهم من العارية نقل اليد كما قالوه فى إعارة المرتهن الرهن للراهن وإلا فكيف يصح الإعارة من غير مالك ولو أودعه له فله استرداده ، إذ ليس فى الإيداع تسليط بخلاف الإعارة ، وتلفه فى يد المشترى بعد الإيداع كتلفه فى يد البائع كما قاله القاضى أبو الطيب فى الشفعة ، وله استرداده أيضا فيما لو خرج الثمن زيوفا كما قاله ابن الرفعة وغيره ، وجزم به فى الأنوار ، ولو اشترى شخص شيئا بوكالة اثنين ووفى نصف الثمن عن أحدهما فللبائع الحبس لقبض الجميع بناء على أن الاعتبار بالعاقد أو باع منهما ولكل منهما نصف فأعطى أحدهما البائع النصف من الثمن سلم إليه البائع نصفه من المبيع لأنه سلمه جميع ما عليه بناء على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشترى .

باب التولية

أصلها تقليد العمل ثم استعملت فيما يأتى (والإشراك) مصدر أشركه صيره شريكا (والمرابحة) مفاعلة من الربح وهى الزيادة والمحاطة من الحط وهو النقص ولم يذكرها لكونها داخلة فى المرابحة لأنها فى الحقيقة ربح للمشترى الثانى أو اكتفاء عنها بالمرابحة لأنها أشرف إذا (اشترى) شخص (شيئا) بمثلى (ثم قال) بعد قبضه ولزوم العقد

لم يبطل خياره ، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده وله استرداد المدفوع إليه اهـ (قوله وأعارها للمشترى قبل القبض) أى فليس له استردادها ويكون تسليمه عن الإعارة إقباضا لأنه سلطه على العين كما يأتى فى الفرق بين الإعارة والإيداع (قوله ولو أودعه) أى البائع له : أى للمشترى (قوله كتلفه فى يد البائع) أى فينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المشترى (قوله وله) أى البائع استرداده الخ (قوله زيوفا) ومنه ما لو بان فى الدراهم ولو لبعض منها وإن قل قص فإنه يرد ويأخذ جيدا فله استرداد المبيع لأجل ذلك (قوله أن الاعتبار بالعاقد) معتمد (قوله ولكل منهما) أى والحال أن لكل الخ (قوله بناء على أن الصفقة الخ) معتمد :

(باب التولية والإشراك)

(قوله ثم استعملت) أى فى لسان أهل الشرع (قوله مصدر أشركه) أى لغة (قوله ولم يذكرها) أى المحاطة (قوله لأنها فى الحقيقة) أى اعتبار نفس الأمر دون المقابلة للمجاز (قوله أو اكتفاء عنها) وهذا أولى لما يأتى من الفرق بينهما فى الفهم والحكم ، أو يقال أيضا ترجم لشىء وزاد عليه وهو غير معيب ، هذا ولم يذكر الشارح معنى كل منهما لغة وشرعا ، ويجوز أن يقال هما مصدران لرابح وحاط لغة ، فيكون معنى المرابحة : إعطاء كل من اثنين صاحبه ربحا ، والمحاطة : نقص كل من اثنين شيئا مما يستحقه صاحبه . وأما شرعا فمعناهما يعلم مما يأتى ، وهو أن المرابحة : بيع بمثل الثمن مع ربح موزع على أجزائه ، والمحاطة : بيع بمثل الثمن مع حط موزع على أجزائه (قوله ولزوم العقد) ينبغى أن المراد لزومه من جهة بائعه فقط بأن لا يكون له ، أعنى لبائعه خيار إذ ليس له التصرف مع غيره بما يبطل خياره لا من جهته هو أيضا فلو كان الخيار له وحده صحت توليته م ر اهـ سم على حج

(قوله ولكل منهما نصف) أى والحال أنه صار لكل منهما نصفه بهذا البيع . والحاصل أن المالك باع شيئا لاثنين سوية لكل النصف .

(باب التولية والإشراك والمرابحة)

وعلمه بالثمن (لعالم بالثمن) قدرا وصفة ولو طرأ علمه له بعد الإيجاب وقبل القبول كما قاله الزركشى بإعلامه أو غيره (وليتك هذا العقد) سواء أقال بما اشتريت أم سكت أو وليتكه ، وقياس ما يأتى فى الأنوار عن الإمام أنه لابد فى الإشراك من ذكر البيع أو العقد أن يكون هنا كذلك ، وهذان وما اشتق منهما صرائح فى التولية ونحو جعلته لك كناية هنا كالبيع (فقبل) بنحو قبلته أو توليته (لزمه مثل الثمن) جنسا وقدرا وصفة ، ولهذا لوكان الثمن مؤجلا ثبت فى حقه مؤجلا بقدر ذلك الأجل من حين التولية وإن حل قبلها لا من العقد على أوجه احتمالين لابن الرفعة أما المتقوم فلا تصح التولية معه إلا بعد انتقاله للمتولى ليقع على عينه : نعم لو قال المشترى بالعرض قام

(قوله وعلمه) وظاهر أن المراد بالعلم هنا مايشمل الظن اه سم على حج : ويصرح بهذا المراد قول الشارح الآتى بإعلامه أو غيره إذ إخبار الواحد لايفيد إلا الظن (قوله وصفة) أراد بالصفة مايشمل الجنس وخرج بذلك ما لو علم به بالمعاينة فلا يكفى كما يأتى عند قوله ويصح بيع المرابحة ، وينبغى أن محل عدم الاكتفاء بذلك ما لم ينتظر المعين المولى أو يعلم قدره وهو فى يد البائع (قوله ولو) غاية طرأ علمه : أى المشترى : أما البائع فلابد من علمه قبل الإيجاب كما علم من قوله قبل وعلمه بالثمن وظاهره اشتراط ذلك أيضا وإن تقدم القبول من المشترى وهو عالم بالثمن دون البائع كأن قال اشتريت منك هذا بما قام به عليك وهو كذا ، أو لم يقل ذلك ولكن أخبر به البائع من غير المشترى ويحتمل أن يقال بالصحة فى هذه قياسا على ما لو علم به المشترى بعد الإيجاب وهو ظاهر (قوله بعد الإيجاب) أى التولية (قوله وقبل القبول) أما لو علمه بعد القبول ولو فى مجلس العقد فلا يصح ويكون هذا مستثنى من قولهم الواقع فى المجلس كالواقع فى صلب العقد (قوله بإعلامه) أى البائع (قوله وليتكه) أى العقد حيث تقدم مرجعه بأن يقول هذا العقد وليتكه ، والأولى رجوع الضمير للمبيع أخذا من قوله الآتى ويمكن رد ما فى التولية إليه الخ ، لأن الذى يظهر لى من كلامه أنه إنما يكون كناية إذا لم يذكر العقد قبل ويعاد عليه الضمير وإلا فيكون صريحا ، ومثل العقد مايقوم مقامه كعقد الصداق وفى حج وليتكه وإن لم يذكر العقد كما صرح به الجرجانى (قوله أن يكون هنا) أى فى التولية كذلك وهو المعتمد ومثل العقد مايقوم مقامه كعقد الصداق (قوله وهذان) أى قوله وليتك هذا العقد وقوله أو وليتكه (قوله وما اشتق منهما) فيه مسامحة لأن المشتقات كلها من المصدر على الصحيح ، وقيل الفعل من المصدر والصفات من الأفعال فما ذكر ظاهر على الثانى دون الأول (قوله بنحو قبلته) أى أو اشتريته وقياس مامر فى البيع الاكتفاء بقبلت من غير ضمير (قوله من حين التولية) خلافا لحج (قوله أما المتقوم) محترز مثلى (قوله ليقع على عينه) أى سواء كان عرضا أو نقدا ، وعبارة المنهج : وبقيمته فى العرض مع ذكره وبه مطلقا بأن انتقل إليه (قوله بالعرض)

(قوله أو وليتكه) أى المبيع . واعلم أنه ذكر هذه تبعا للشهاب حج الناقل له عن الجرجانى مع إقراره ، ثم تعقبه : أعنى الشارح بقوله وقياس ما يأتى الخ ، فهو إنما ذكره لأجل تعقبه وإن كان فى سياقه حزازة (قوله وقياس ما يأتى فى الأنوار أنه لابد فى الإشراك من ذكر البيع أو العقد) أى لابد من ذلك فى صراحته لا فى أصل صحته فهو بدون ذلك كناية كما يأتى فكذا يقال فى قوله أن يكون هنا كذلك ، بل سيأتى التصريح بأنه كناية فى قوله يمكن رد ما فى التولية عن الجرجانى إليه إذ هذا هو كلام الجرجانى الذى أشار إليه فيما يأتى وإن لم ينسبه هنا إلى الجرجانى (قوله وهذان وما اشتق منهما) عبارة التحفة : وهذا وما اشتق منه انتهت ، وهى الصواب (قوله من حين التولية) متعلق بقوله مؤجلا . والمعنى يقع مؤجلا من حين التولية بقدر الأجل المشروط فى البيع الأول بقرينة

عليّ بكذا وقد وليتك العقد بما قام عليّ وذكر القيمة مع العرض أو ولت فى صداقها بلفظ القيام أو الرجل فىعوض الخلع به إن علم مهر المثل فيما يظهرجازكما جزم به ابن المقرى فىالأولى ومثلها البقية وأفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى ، وقولهم مع العرض شرط لانتفاء الإثم إذ يشدد فى البيع بالعرض ما لا يشدد فى البيع بالنقدكما يأتى ، لا لصحة العقد لما يأتى أن الكذب فى المرابحة وغيرها لايقتضى بطلان العقد ، وتصح التولية وما معها فى الإجارة كما هو واضح بشروطها ، ثم إن وقعت قبل مضىّ مدة لها أجرة فظاهر ، وإلافإن قال وليتك من أوّل المدة بطلت فيما مضى لأنه معدوم وصحت فى الباقى بقسطه من الأجرة ، أو وليتك ما بقى صحت فيه بقسطه كما ذكر (وهو) أى عقد التولية (بيع فى شرطه) أى شروطه كقدرة تسلم وتقابض الربوى لأن حد البيع صادق عليه (وترتب) جميع (أحكامه) كتجدد شفعة عفا عنها الشفيع فى العقد الأول وبقاء الزوائد المنفصلة للمولى وغير ذلك لأنه ملك جديد ، وقضية كونها بيعا أن للمولى مطالبة المتولى بالثمن مطلقا وهو كذلك وإن قال الإمام

مراده بالعرض المتقوّم فيشمل مالايجوز السلم فيه وغير المنضبط من المتقومات (قوله أو الرجل فى عوض الخلع) أى أو فى الصلح على الدم ويكون الواجب الدية اهـ سم على منهج وعبارته فى أثناء كلام : ويصح تولية مأخوذ بشفعة وعين هى أجرة أو عوض بضع أو دم يقام عليّ ويذكر أجرة المثل أو مهره والدية ، ثم رأيت ما يأتى قبيل الباب من قوله. وله أن يقول فى عبد هو أجرة الخ (قوله إن علم مهر المثل) راجع لكل من قوله أو ولت امرأة الخ وقوله أو الرجل الخ (قوله شرط لانتفاء الإثم) ينبغى أن محل الإثم إذا حصلت مظنة التفاوت ، وإلا كأن قطع بأن العرض لاتنقص قيمته عن عشرة فذكرها أو أقل فلا إثم اهـ سم على حج : أى وكانت الرغبة بين الناس فى الشراء بالعرض مثل النقد (قوله فى الإجارة) أى سواء إجارة العين والذمة وإن فرّق سم بينهما وعبارته : ولك أن تفرق بين الإجارة العينية فتصح التولية فيها دون إجارة الذمة لامتناع بيع المسلم فيه اهـ كلام الناشرى اهـ سم على منهج (قوله بشروطها) أى التولية من كونهما عالمين بالأجرة بالمنفعة المعقود عليها وبيان المدة إن كانت مقدرة بها (قوله وإلا) أى بأن قصد مدة (قوله بقسطه من الأجرة) أى من المسمى باعتبار مايخص ما بقى منه بعد رعاية أجرة المثل لما بقى ولما مضى ، وقال سم على حج : وينبغى اشتراط علمهما بالقسط هنا اهـ . وقياس ماتقدم فى تفريق الصفقة أنه لايشترط العلم بالقسط بل توزيع الأجرة على أجزاء المدة كاف (قوله لأن حد البيع) هو عقد يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد على وجه مخصوص (قوله عليه) أى عقد التولية (قوله مطلقا) أى طالبه البائع أولا (قوله وإن قال الإمام الخ) ولعل وجهه احتمال أن البائع يحط بعض الثمن عن المولى أوكله بعد لزوم التولية فينحط عن المتولى ، وعلى الأوّل فقد يشكل الفرق بين هذا وبين ماتقدم من أن المبيع لو عيبه أجنبى قبل القبض وأجاز المشترى العقد فإنه يستحق الأرش على الأجنبى بعد قبض المشترى المبيع : أما قبله فلا مطالبة له به لاحتمال تلف المبيع فينفسخ العقد ، فقياسه هنا ماذكره الإمام لاحتمال الحط كما تقدم : ويمكن الجواب بأن عقد التولية لما استقرّ فيه الثمن بقبض المبيع ، وكان الأصل عدم الحط مع بعده فى نفسه قوى فجاز للبائع المطالبة بالثمن قبل

قوله لا من العقد ، ويصرح بما ذكرته ما فى حواشى التحفة وغيرها (قوله وذكر القيمة مع العرض) وظاهره أنه لابد من ذكرها إن كان عالما بها . ووجهه أن القيمة هنا كالثمن لابد من ذكرها فى العقد وَلئلا يقع التنازع فى مقدارها بعد ذلك فليراجع (قوله مع العرض) أى مع ذكره فلا بد من ذكره لانتفاء الإثم كما يأتى (قوله إن علم مهر المثل) ببناء علم للمجهول : أى علم كل من العاقدين ، ولا بد من ذكر مهر المثل فى العقد ذكر كل ذلك الشهاب حج

ينقدح أنه لايطالبه حتى يطالبه بائعه، وليس للبائع الأوّل مطالبة المتولى وإن توقف فيه الإمام، ولو اطلع المولى على عيب قديم بالمبيع لم يرده إلا على المولى فيما يظهر وإن قال ابن الرفعة لم أر فيه نقلا وأن ظاهر نصّ الشافعى يقتضى أنه يتخير (لكن لايحتاج) عقد التولية (إلى ذكر الثمن) لظهور أنها بالثمن الأول (ولو حط) بضم الحاء(عن المولى) بكسر اللام من البائع أو وكيله أو السيد بعد تعجيز المكاتب نفسه أو موكل البائع كما أفهمه بناؤه للمفعول هنا ، فقوله فى الروضة ولو حطّ البائع للغالب لا للتقييد خلافا للأذرعى ، والأوجه أنه لاعبرة بحط موصى له بالثمن ومحتال به لأنهما أجنبيان عن العقد بكل تقدير (بعض الثمن) بعد التولية أو قبلها ولو بعد اللزوم (انحط عن المولى) بفتحها إذ خاصة التولية وإن كانت بيعا جديدا التنزيل على الثمن الأوّل ، فإن حطّ جميعه انحط أيضا ما لم يكن قبل لزوم التولية وإلا بأن كان قبلها أو بعدها وقبل لزومها بطلت لأنها حينئذ بيع من غير ثمن ، ومن ثم لو تقايلا بعد حطه بعد اللزوم لم يرجع المشترى على البائع بشيء . ووقع فى الفتاوى أن رجلا باع ولده دارا بثمن معلوم ثم أسقطه عنه قبل التفرق من المجلس . فأجيب فيها بأنه يصير كمن باع بلا ثمن وهو غير صحيح فتستمر الدار على ملك الوالد ، وهو جواب صحيح موافق لكلامهما ، ومراد المصنف بالحط السقوط فيشمل مالو ورث المولى الثمن أو بعضه ، وينبغى كما قاله الزركشى أنه يسقط عن المتولى كما يسقط بالبراءة ، وعليه لو ورث الكل قبل التولية لم تصح

مطالبته من البائع الأوّل ، بخلافه فى الأرش فإن يد البائع لم تزل عن المبيع ، واحتمال التلف أقرب من احتمال إسقاط الثمن عن البائع (قوله ينقدح) أى يظهر (قوله وليس للبائع) أى الأوّل (قوله أنه يتخير) أى بين المولى والبائع الأوّل (قوله لكن لايحتاج) استدراك على قوله فى شرطه (قوله أنها بالثمن) أى بمثله فى المثلى وبه مطلقا بأن انتقل إليه ، وهذا يفيد أنه لو كان الثمن مثليا وانتقل إليه لم تصح التولية إلا بعينه تأمل اهـ سم على منهج (قوله أو وكيله) أى فى الحط إذ الوكيل فى البيع ليس له ذلك بغير إذن موكله (قوله بعد تعجيز المكاتب) أى إن كان البائع مكاتبا ، ومثله سيد العبد المأذون له فى التجارة سواء كان الحط بعد الحجر عليه أو قبله (قوله ولو بعد اللزوم) أى للعقد الأوّل وأخذه غاية لئلا يتوهم أن الحط إذا كان بعد لزوم العقد الأوّل لاينحط عن المتولى بل ولا عن المولى لتنزيل التولية على ما استقر عليه الثمن فى العقد الأوّل (قوله انحط أيضا) شمل إطلاقه مالو كان الحط بعد قبض المولى جميع الثمن من المولى فيرجع المولى بعد الحط على المولى بقدر ماحط من الثمن كلا كان أو بعضا ، لأنه بالحط تبين أن اللازم للمولى ما استقر عليه العقد بعد التولية . وأما لو قبض البائع الثمن من المولى ثم دفع إليه بعضا منه أو كله هبة فلا يسقط بسبب ذلك عن المولى شيء ، لأن هذه لادخل لعقد البيع الأوّل فيها حتى يسرى منه إلى عقد التولية (قوله مالم يكن قبل الخ) أى فلا ينحط (قوله ومن ثم) أى من أجل كونه بيعا بلا ثمن (قوله تقايلا) أى البائع والمشترى (قوله لم يرجع المشترى مولى) بكسر اللام على البائع للمولى وهو البائع الأوّل (قوله ووقع فى الفتاوى) أى للنووى (قوله وهو) أى البيع بلا ثمن غير صحيح : أى فطريقه إن أراد بقاء العقد أن يلزم بالإجارة أو التصرف ثم يبرئه (قوله مالو ورث المولى) بكسر اللام الثمن أو أوصى له به (قوله لو ورث) أى المولى بكسر اللام (قوله قبل التولية) وكذا بعد التولية وقبل لزوم العقد (قوله لم يصح) أى لأنها بيع بلا ثمن ، وفى بعض النسخ بعد ما ذكر مانصه : وسيأتى فى الإجارة صحة الإبراء من جميع الأجرة ولو فى مجلس العقد مع الفرق بينها وبين

(قوله من البائع) متعلق بحط ، وقوله أو وكيله : أى فى خصوص الحط كما هو ظاهر (قوله بعد التولية أو قبلها ولو بعد اللزوم) حق العبارة قبل التولية أو بعدها ولو بعد اللزوم فتأمل

(والإشراك فى بعضه) أى المبيع (كالتولية فى كله) فى الأحكام المذكورة لأن الإشراك تولية فى بعض المبيع (إن بين البعض) كمناصفة أو بالنصف وإلا فلا يصح جزما كأشركتك فى بعضه أو شىء منه للجهل ، فإن قال فى النصف فله الربع مالم يقل بنصف الثمن فإنه يكون له النصف وإدخال أل على بعض صحيح وإن كان خلاف الأكثر ، وشمل كلامه ما لو باع غير الأب والجد مال الطفل ثم قال له المشترى أشركتك فى هذا العقد فيكون جائزا (فلو أطلق) الإشراك كأشركتك فيه (صح) العقد (وكان) المبيع (مناصفة) بينهما كما لو أقرّ بشىء لزيد وعمرو لأن ذلك هو المتبادر من لفظ الإشراك . نعم لو قال بربع الثمن مثلا كان شريكا بالربع فيما يظهر أخذا مما تقرر فى أشركتك فى نصفه بنصف الثمن بجامع أن ذكر الثمن فى كل مبين للمراد من اللفظ قبله لاحتماله وإن نزل لو لم يذكر هذا المخصص على خلافه وتوهم فرق بينهما بعيد . قال الزركشى : لو تعدّد الشركاء فهل يستحق الشريك نصف مالهم أو مثل واحد منهم كما لو اشتريا شيئا ثم أشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه ؟ لم يتعرضوا له ،

البيع ؛ وحينئذ فلا يلحق ذلك المتولى اهـ : ومثله فى حج وكتب عليه سم مانصه : واعلم أن ماذكره هنا من قوله وحينئذ فلا يلحق ذلك المتولى حكما وتفريعا على ماقبله نظرا واضحا ، ولم يظهر لهذا الحكم : أعنى أن الحط لايلحق المتولى ولا لتفريعه على ماقبله وجه صحة وكأن مر تبعه فى شرحه على قوله وسيأتى فى الإجارة الخ ، فأمرت أصحابنا لإرادتى غيبتى عن ذلك المجلس بإيراد ذلك عليه وضرب على جميع ذلك ووافق على أن الوجه خلاف ذلك .اهـ (قوله وإلا فلا يصح) ظاهره وإن قال بعده بنصف الثمن أو نحوه ، وينبغى أن محل البطلان مالم يعين جزءا من الثمن ، فإن ذكره كأن قال أشركتك فى شىء منه بنصف الثمن أو بربعه كان قرينة على إرادة مايقابله من المبيع فيصح ويكون فى الأولى شريكا بالنصف وفى الثانية بالربع : قال فى العباب : ولو قال أشركتك فى نصفه بنصف الثمن كان مناصفة لمقابلة نصف الثمن ، أو قال فى نصف الثمن ليكون بيننا لم يصح انتهى : ولعله للتنافى بين ما اقتضاه قوله فى نصف الثمن من أنه جعل له ربع المبيع بربع الثمن وبين قوله بيننا المقتضى كونه المناصفة ، أو أن قوله أشركتك فى نصف الثمن إنما يقتضى أن يكون الثمن الذى استحقه البائع مشتركا بين المشترى والشريك ليكون المبيع مشتركا بينهما والفساد على تقدير إرادة ذلك ظاهر (قوله فإنه يكون له النصف) ولعل وجهه أن عدوله عن بعتك ربعه بنصف الثمن إلى أشركتك قرينة على ذلك : والمعنى حينئذ أشركتك فيه بجعل نصفه لك بنصف الثمن الخ ومع ذلك فيه شىء . وبقى ما لو اشتراه بمائة ثم قال لآخر أشركتك فى نصفه بخمسين هل يكون له النصف أو الربع ؟ فيه نظر ، والأقرب أن له الربع لأن عدوله عن قوله بنصف الثمن إلى قوله بخمسين قرينة على أنه بيع مبتدأ ، وكأنه قال بعتك ربعه بخمسين (قوله غير الأب) انظر مفهوم قوله غير ، ولعله لمجرد التصوير لا للاحتراز لأن حكم الأب والجد يفهم بالأولى ، وإنما تعرض لغير الأب والجد لئلا يتوهم أنه متهم بمحاباة المشترى ليأخذ منه بأن يتواطأ معه على ذلك ، ولأنه لما كان للأب تولى الطرفين دون غيره ربما يتوهم امتناع أخذه من المشترى لأنه بذلك يصير كالمتولى لهما (قوله ثم قال له) أى للولى (قوله نعم لو قال بربع الثمن) بقى مالو قال أشركتك بالنصف بربع الثمن هل يصح أم لا ؟ فيه نظر ، والذى يظهر الصحة ويكون شريكا بالربع ، والباء فيه بمعنى فى ونقل عن بعض أهل العصر خلافه (قوله فرّق بينهما) أى بين ما لو قال بربع الثمن مثلا وبين قوله أشركتك فى نصفه الخ (قوله فهل يستحق الشريك) أى من أشركوه معهم (قوله كما لو اشتريا) مثال لتعدد الشركاء

(قوله غير الأب والجد) أى أو هما بالأولى

والأشبه الثانى . وقضية كلامه كغيره أنه لا يشترط ذكر العقد لكن قال الإمام وغيره : ولابد فى الإشراك من ذكر البيع أو العقد بأن يقول أشركتك فى بيع هذا أو فى هذا العقد ولا يكفى أن يقول أشركتك فى هذا ونقله صاحب الأنوار وأقره وعليه أشركتك فى هذا كناية ، ويمكن رد ما فى التولية عن الجرجانى إليه (وقيل لا) يصح للجهل بقدر المبيع وثمنه (ويصح بيع المرابحة) من غير كراهة لعموم قوله تعالى ـ وأحلّ الله البيع ـ نعم بيع المساومة أولى منه للإجماع على جوازه وعدم كراهته ولذلك قال ابنا عمر وعباس رضى الله عنهم إنه ربا وتبعهما بعض التابعين . وقال بعضهم : إنه مكروه (بأن) هى بمعنى كأن ، وكثيرا مايستعملها المصنف بمعناها (يشتريه بمائة) مثلا (ثم يقول) لعالم بذلك (بعتك بما اشتريت) أى بمثله أو برأس المال أو بما قام علىّ أو نحوها ولا يكفى علمهما بذلك ولمبادرة فهم المثل فى نحو هذا لم يحتج لذكر المثل ، والمراد بالعلم هنا العلم بالقدر والصفة ، ولا تكفى المعاينة وإن كفت فى باب البيع والإجارة فلو كان الثمن دراهم معينة غير موزونة أوحنطة مثلا غير مكيلة لم يصح على الأصح (وربح درهم لكل عشرة) أوفيها أوعليها (أو ربح ده) بفتح المهملة وهى بالفارسية عشرة(ياز) واحد(ده) بمعنى ماقبلها

(قوله والأشبه الثانى) وينبغى أن مثل ذلك عكسه كأن اشترى شيئا ثم قال لاثنين أشركتكما فيه فيكون المبيع أثلاثا . وبقى مالو اختلفت حصصهم كأن كان لواحد النصف والآخر الثلث والآخر السدس ، ثم قالوا للرابع أشركناك معنا فالظاهر أن يكون له النصف وللثلاثة النصف وكأن كل واحد باعه نصف مابيده لأنه لايظهر هنا كونه كأحد الثلاثة لاختلاف أنصبائهم (قوله أنه لايشترط الخ) معتمد (قوله وعليه) أى إذا بنينا عليه (قوله ويمكن رد ما فى التولية) مراده بما فى التولية ماقدمه عند قوله وليتك الخ من أنه يكفى فى التولية وليتك : يعنى من غير ذكر العقد ولكنه لم ينقله عن الجرجانى ونقله عنه حج (قوله نعم بيع المساومة) هى أن يقول : اشتر بما شئت (قوله للإجماع) يشعر بأنه قيل بحرمة المرابحة ، ويصرح به قول سم على منهج : والبيع مساومة أولى من المرابحة خروجا من خلاف من حرّمها أو أبطلها من السلف شرح الإرشاد لشيخنا وهو فى شرح الروض انتهى : وكذا يفيده قول الشارح إنه ربا ، ولعل عدم الكراهة مع القول بالحرمة شدة ضعف القول بالحرمة وليس القول بالحرمة مطلقا مقتضيا الكراهة بل يشترط قوّة القول بها (قوله إنه ربا) أى بيع المرابحة (قوله مثلا) راجع لمائة (قوله لم يحتج لذكر المثل) ولا نيته اهـ حج (قوله ولا تكفى المعاينة) لأنه لايعلم منها قدر مايجب عليه إذا وزع الربح على الثمن ، كذا علل به حج . ويؤخذ منه أنه لو علم قدر الربح كأن قال بعتك بما اشتريت وربح عشرة صح ، ويؤخذ من التعليل أيضا الاكتفاء بالمعاينة فى غير صورة المرابحة من التولية والإشراك والمحاطة (قوله وإن كفت فى باب البيع) أى وذلك لأن المتولى بتقدير معاينته الثمن الذى دفعه المولى لبائعه لايعلم قدره حتى يقبل به . وبتقدير أن المولى اشترى بجزاف فرآه واشترى به لايلزم منه علمه بقدره حتى يولى به بخلافه فى البيع والإجارة ، فإن المعاين لهما بقبضه البائع أو المؤجر وقد علمه تخمينا بالرؤية (قوله فلو كان) مفرع على قوله ولا تكفى الخ (قوله بمعنى ماقبلها) أى عشرة . لايقال : قضية هذا التفسير أن ربح العشرة أحد عشر فيكون مجموع الأصل والربح واحدا وعشرين . لأنا نقول :

(قوله وقضية كلامه كغيره) لعل مراده كلامه فى غير هذا الكتاب . وإلا ففى كون هذا قضية كلامه هنا منع ظاهر لأنه صوّر التولية فيما مر بما إذا ذكر العقد حيث قال وليتك العقد ، ثم أحال عليه هنا بقوله والإشراك فى بعضه كالتولية فى كله ، فاقتضى أنه لابد من ذكر العقد فى الإشراك أيضا ، وعبارة التحفة : وقضية كلام الشيخين وغيرهما أنه لايشترط الخ (قوله ويمكن ردّ ما فى التولية عن الجرجانى إليه) أى أنه

فكأنه قال بمائة وعشرة فيقبله المخاطب إن شاء ، وآثروها بالذكر لوقوعها بين الصحابة واختلافهم فى حكمها ، ولو ضمّ إلى الثمن شيئا وباعه مرابحة كاشتريته بمائة وبعتك بمائتين وربح درهم لكل عشرة أو ربح ده يازده صح وكأنه قال بعتكه بمائتين وعشرين ، ولو جعل الربح من غير جنس الثمن جاز ، وحيث أطلق دراهم الربح فمن نقد البلد الغالب وإن كان الأصل من غيره ، ولو قال اشتريته بعشرة وبعتكه بأحدعشر ولم يقل مرابحة ولا ما يفيدها لم يكن عقد مرابحة كما قاله القاضى وجزم به فى الأنوار حتى لو كذب فلا خيار ولا حط كما يأتى (و) يصح بيع (المحاطة) ويقال لها المواضعة والمخاسرة (كبعت)ك (بما اشتريت) أى بمثله كما مرّ نظيره فى المرابحة (وحط ده يازده) المراد من هذا التركيب أن الأحد عشرة تصير عشرة (و) من ثم (يحط من كل أحد عشر واحد) كما أن الربح فى مرابحة ذلك واحد من أحد عشر ، فلو اشتراه بمائة فالثمن تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم أو بمائة وعشرة فالثمن مائة (وقيل) يحط (من كل عشرة) واحد كما زيد على كل عشرة واحد ولو قال بحط درهم من كل عشرة فالمحطوط العاشر لأن من تقتضى إخراج واحد من العشرة بخلاف اللام وفى وعلى ، والأوجه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى فى نظيره من المرابحة الصحة مع الربح خلافا لبعض المتأخرين لما يلزم على عدم الربح من إلغاء قوله وربح درهم ، وتكون حينئذ من للتعليل أو بمعنى فى أو على بقرينة قوله وربح درهم (وإذا قال بعتك بما اشتريت) أو برأس مالى (لم يدخل فيه سوى الزمن) الذى استقر العقد عليه عند اللزوم إذ هو المفهوم من ذلك ، فيعتبر ما لحقه قبله من زيادة أو نقص كما يعتبر لو باع بلفظ القيام لأن هذا العقد لم يقع إلا بذلك ، ولو حط بعد اللزوم والمرابحة لم يتعدّ للمشترى أو بعده وقبلها جاز بلفظ الشراء دون لفظ القيام

لايلزم تخريج الألفاظ العجمية على مقتضى اللغة العربية ، بل ما استعملته العرب من لغة العجم يكون جاريا على عرفهم وهو هنا بمنزلة ربح درهم لكل عشرة ، وكأن المعنى عليه وربح ده يصيروزنها أحد عشر ، وستأتى الإشارة إليه فى المحاطة بقول الشارح المراد من هذا التركيب الخ (قوله وآثروها) أى ده يازده (قوله ولو قال) أى كاذبا (قوله لم يكن عقد) بل عقد مساومة وهو صحيح وإن حرم عليه الكذب (قوله فلا خيار) للمشترى وهذا يقع فى مصرنا كثيرا (قوله مرابحة ذلك) أى الأحد عشر (قوله الصحة مع الربح) أى وإن لم يقصد بمن معنى اللام (قوله الذى استقرّ العقد عليه) مفهومه أن هذا خاص بخيار المجلس ، والشرط دون خيار العيب وهو ظاهر (قوله عند اللزوم) أى وإذا اختلفت قيمة العرض فى زمن الخيار فهل تعتبر قيمة يوم العقد أو يوم الاستقرار . قال البلقينى فى فتاويه : لم أقف على نقل فيها ، ويحتمل أن تكون كما فى الشفعة اه سم على منهج (قوله أو نقص) قال المحلى فى زمن خيار المجلس أو الشرط (قوله ولو حط) أى عن البائع الثانى وهو المشترى الأوّل (قوله بعد اللزوم) أى العقد الأوّل (قوله والمرابحة) أى عقد المرابحة (قوله لم يتعدّ للمشترى) أى الثانى (قوله أو بعده) أى اللزوم (قوله وقبلها) أى المرابحة (قوله دون لفظ القيام) عبارة حج أما الحط بعد اللزوم للبعض فمع الشراء لايلحق ،

كناية كما هو ظاهر ولم تتقدم له النسبة إلى الجرجانى كما تقدم التنبيه عليه هناك (قوله فى نظيره) متعلق بالأوجه أو بالصحة وليس متعلقا بقوله أفاده ، والضمير فى نظيره يرجع لصورة من بقرينة مابعده ، ومراده ببعض المتأخرين شيخ الإسلام فى شرح الروض . وعبارته فيه بعد قول الروض فلو قال يحط درهم من كل عشرة فالمحطوط العاشر نفسها : والظاهر فى نظيره من المرابحة الصحة بلا ربح ، ويحتمل عدمها إلا أن يريد بمن التعليل فتكون كاللام ونحوها انتهت (قوله ولو حط بعد اللزوم والمرابحة) أى بعد عقدها وإن لم تلزم كما يصرح به قول التحفة

سواء أحط البعض أم الكل (ولو قال) بعتك (بما قام) أو ثبت أو حصل أو بما هو (علىّ) أو بما وزنته وإن نازع الأذرعى فيه (دخل) فيه (مع ثمنه أجرة الكيال) للثمن المكيل (والدلال) للثمن المنادى عليه ، وعلم مما تقرر أن صورة أجرة الكيال كون الثمن مكيلا ، أو يلتزم المشترى مؤنة كيل المبيع معينة ، أو يتردد فى صحة ما اكتاله البائع فيستأجر من يكيله ثانيا ليرجع عليه إن ظهر نقص ، أو يشتريه جزافا ثم يكيله بأجرة ليعرف قدره ، أو يشترى مع غيره صبرة ثم يقتسماها كيلا فأجرة الكيال عليهما وصورة أجرة الدلال أن يكون الثمن عرضا فيستأجر من يعرضه للبيع ثم يشترى سلعة به ، أو يلتزم المشترى أجرة دلالة المبيع معينة ومحل دخول أجرة من ذكر إذا لزمت المولى وأداها

ومع نحو القيام يخير بالباقى ، أو للكل فلا ينعقد بيعه مرابحة مع القيام إذ لم يقم عليه بشىء بل مع الشراء اه : وهى تفيد صحة البيع مرابحة بما قام علىّ فى صورة حط البعض حيث ذكر مابقى من الثمن بعد الحط ، وأقره سم ، ويمكن حمل قوله جاز بلفظ الشراء : أى جاز عقد البيع بلفظ الشراء بأن يقول بعت بما اشتريت ولا يلحق بذلك حط عن المشترى الثانى وحمل قوله دون لفظ القيام على معنى أنه إذا قال بعت بما قام علىّ ولم يزد على ذلك لم يصح العقد ، بخلاف مالو قال بعت بما قام علىّ وهو كذا مخبرا بالباقى بعد الحط فإنه يصح وينحط عن المشترى . والحاصل أن الحط لايلحق فى المرابحة إلا إذا باع قبل عقد المرابحة بلفظ القيام وأخبر بالباقى (قوله مؤنة كيل المبيع معينة) كدراهم مثلا أو يلزمه بها من يراه اه حج .

[فرع] الدلالة على البائع ، فلو شرطها على المشترى فسد العقد ، ومن ذلك قوله بعتك بعشرة سالما فيقول اشتريت لأن معنى قوله سالما أن الدلالة عليك فيكون العقد فاسدا كذا تحرر وأقره مر واعتمده وجزم به اه سم على منهج (قوله أجرة دلالة البيع معينة) كأن يقول اشتريته بكذا ودرهم دلالة كما قاله حج ، وقال أيضا : ولو وزن أحدهما دلالة ليست عليه كان تبرعا مالم يظن وجوبها عليه فيما يظهر ، فحينئذ يرجع بها على الدلال وهو يرجع على من هى عليه ، ومثل ذلك مايقع فى قرى مصرنا كثيرا من أخذ من يريد تزويج ابنته شيئا من الزوج غير

بعد عقد المرابحة ، وقول الروض وغيرها بعد جريان المرابحة فليراجع (قوله سواء أحط البعض أم الكل) هو مسلم فى مسئلة الكل دون مسئلة البعض ، وعبارة التحفة كغيرها أما الحط بعد اللزوم للبعض فع الشراء لايلحق ومع القيام يخبر بالباقى أو الكل فلا ينعقد عقد المرابحة مع القيام إذ لم يقم عليه بشىء بل مع الشراء انتهت : وظاهر كلامه كغيره أنه لايصح فى مسئلة حط الكل إذا قال بما قام علىّ وإن كان قد بذل فيه مؤنا للاسترباح ، وظاهر التعليل بأنه لم يقم عليه بشىء ربما خالفه فليراجع (قوله أو يلتزم المشترى مئونة كيل المبيع الخ) ليس من جملة ماعلم مما تقرر بل هو وما بعده تصاوير مستقلة ، وصورة التزام مؤنة الكيل أن يقول اشتريته منك بكذا ودرهم كيالة كما قاله الأذرعى (قوله أو يلتزم المشترى أجرة دلالة المبيع معينة) هذا لايوافق ما سيأتى له آخر الضمان من ترجيح ماقاله الأذرعى هناك من بطلان البيع بالتزام الدلالة مطلقا سواء كانت معلومة أو مجهولة ، لأنه شرط عليه أمرا آخر وهو أن يدفع كذا إلى جهة كذا فليحرر (قوله فيستأجر من يعرضه للبيع) قال الأذرعى : إن ماذكر فى أجرة الدلال والكيال حيث توجب له أجرة باستئجار أو جعالة ، وأما إذا لم يسم له شىء أصلا كما هو العادة فالوجه تخريج ذلك على الخلاف فى استحقاق أجرة ، فعلى المذهب لايجوز الضم لأنه متبرع بالأجرة إلا أن يحكم بها حاكم اه . ولعل هذا هو حكمة تعبير الشارح بقوله فيستأجر (قوله إذا لزمت المولى وأداها) قال الأذرعى : أما إذا التزم ولم يغرم بعد فلم يصرحوا بشىء ، لكن المتولى فرض الكلام فيما إذا التزم والشيخ أبو حامد فرضه فيما إذا اتفق ،

ومعنى قوله دخل أنه يضمها إلى الثمن فيقول قام علىّ بكذا ، وليس المراد أنه بمطلق ذلك تدخل جميع هذه الأشياء مع الجهل بها (والحارس والقصار والرفاء) بالمد من رفأت الثوب بالهمز وربما قيل بالواو (والصباغ كل من الأربعة للمبيع (وقيمة الصبغ) له (وسائر المؤن المرادة للاسترباح) كأجرة المكان والختان والمطين حتى المكس الذى يأخذه السلطان أو الرصدى لأن ذلك من مؤن التجارة لا ما استرجعه به إن غصب أو أبق ، ولا فداء الجناية ولا نفقة وكسوة وعلف ، ولا سائر مايقصد به استبقاء الملك دون الاسترباح ، ويدخل علف التسمين وأجرة الطبيب وثمن دواء المرض وقت الشراء ومثلها أجرة رد ما اشتراه مغصوبا أو آبقا ، وفداء من اشتراه جانيا جناية أوجبت القود ، ولا يدخل ثمن دواء وأجرة طبيب لمرض حادث بعده في مقابلة ما استوفاه من زوائد المبيع ، وفائدة قولهم يدخل كذا لاكذا مع اشتراط تعيين ماقام به أنه لو أخبر بأنه قام بعشرة ثم تبين أنها فى مقابلة مالا يدخل وحده أو مع مايدخل حطت الزيادة وربحها كما يأتى (ولو قصر بنفسه أو كال أوحمل) أو طين أو صبغ أو جعله بمحل يستحق منفعته (أو تطوّع به شخص لم تدخل أجرته) مع الثمن فى قوله بما قام علىّ لأن عمله وما تطوّع به غيره لم يقم عليه وإنما قام عليه ما بذله ، وطريقه أن يقول بعتكه بكذا وأجرة عملى أو بيتى أو عمل المتطوّع عنى وهو كذا أو ربح كذا (وليعلما) أى المتبايعان حتما (ثمنه) أى المبيع قدرا وصفة فى بعت بما اشتريت أو ماقام به فيه بما قام علىّ (فلو جهله أحدهما بطل) البيع (على الصحيح) لجهالة الثمن ، و الثانى يصح لسهولة معرفته لأن الثانى مبنى على (الأول وليصدق البائع) لزوما (فى قدر الثمن) الذى استقرّ عليه العقد أو ما قام به المبيع عليه فيما لو أخبر بذلك وصفته إن تفاوتت. قال الأذرعى : قضية كلام الأصحاب أنه لو انحط سعر السلعة وكان قد اشتراها

المهر ويسمونه بالميكلة ، وسيأتى للشارح فى آخر باب الضمان مايقتضى البطلان نقلا عن الأذرعى ، ثم قال وهو كما قال ويوجه ما فى الضمان بأنه اشتمل على بيع وشرط فهو شبيه بمن اشترى حطبا بشرط أن يحمله إلى منزله أو زرعا بشرط أن يحصده ، وتقدم له التصريح فيهما بالبطلان ، وأىّ فرق بين هذا وبين مالو قال بعتكه بكذا سالما مع أنه تقدم على مر البطلان (قوله أجرة دلالة) أى زيادة على الثمن (قوله كل من الأربعة) أوّلها الحارس (قوله إن غصب) أى بعد قبضه أخذا مما يأتى فى قوله ومثلها أجرة ردّ مااشتراه الخ (قوله ولا فداء الجناية) أى الحادثة عنده (قوله وعلف) أى أجرته ، ومثل أجرة العلف أجرة خدمته للدابة بكل ماتحتاج إليه كستى وكنس زبل وغيرهما ، والمراد أجرة العلف والخدمة المعتادين لإصلاح الدواب ، أما الزيادة على ذلك التى تفعل لتنميتها زيادة على المعتاد فتدخل كالعلف لتسمينها (قوله ويدخل علف التسمين) أى وإن لم يحصل لها السمن (قوله أجرة رد ما اشتراه الخ) أى لأنها من توابع الشراء بخلافها فيما لو غصب الخ (قوله وفداء الخ) أى ويدخل فداء الخ (قوله بعده) أى الشراء (قوله من زوائد المبيع) أى ما استحق استيفاء من فوائده إن حدث ، وإلا فقد لا تحصل منه فوائد ومع ذلك لايدخل منه شيء (قوله يستحق منفعته) لاتنافى بين هذا وقوله أولا كأجرة المكان لأن ذاك فيما إذا اكتراه لأجله ليضعه فيه ، وهذا فيما إذا كان مستحقا له قبل الشراء ووضعه فيه (قوله أو ماقام به) المبيع ويكفى فيما قام به بالقيمة فى جواز الإخبار إن كان من أهل الخبرة ولو فاسقا ، وإلا فليسأل عدلين يقومانه ، أو واحد على ماذكره بعضهم ، فإن تنازعا فى مقدار القيمة التى أخبر بها فلا بد من عدلين ، وفى شرح الروض مايوافقه وعبارته : تنبيه : قال الفزارى لاينبغى أن يكتفى بتقويمه لنفسه بل يرجع إلى مقوّمين عدلين : وقال ابن الرفعة : يكتفى بذلك إن كان عارفا ، وإلا فهل يكفى عدل أو لابد من عدلين ؟ فيه نظر ، والأشبه الأول ؛

بقيمتها أنه لايلزمه بيان ذلك وفى النفس منه شيء (و) فى (الأجل) أى أصله أو قدره مطلقا إذ الأجل يقابله قسط من الثمن ؛ وإن ذهب الزركشى إلى أن محل وجوب ذكره إذا كان خارجا عن المعتاد فى مثله ، ووجه مامرّ أن بيع المرابحة مبناه على الأمانة لاعتماد المشترى نظر البائع ورضاه لنفسه مارضيه البائع مع زيادة أو حط ، ولو اشترى شيئا بثمن ثم خرج عن ملكه واشتراه ثانيا بأقل من الأول أو أكثر منه أخبر وجوبا بالأخير منهما ولو فى لفظ قام علىّ إذ هو مقتضى لفظه ، فلو بان الكثير من الثمن فى بيع عن مواطأة فله الخيار : أى وقد باعه مرابحة كما صرح به الحجازى فى مختصر الروضة ، والمواطأة مكروهة كراهة تنزيه كما فى الروضة وهو المشهور والقول بتحريمها مردود ، ولا ينافيه وجوب الإخبار بما جرى لانتفاء الملازمة بينهما (و) يجب أن يصدق فى (الشراء بالعرض) وبقيمته حين الشراء إن اشترى به ولا يقتصر على ذكر القيمة لأنه يشدد فى البيع بالعرض فوق مايشدد فيه بالنقد ، ولا فرق فى ذلك بين بيعه مرابحة بلفظ القيام أو الشراء كما قالاه وإن قال الأسنوى إنه غلط وإن الصواب أنه إن باع بلفظ القيام اقتصر على ذكر القيمة ،والمراد بالعرض هنا المتقوم ، فالمثلى يجوز البيع به

قال السبكى : وهو صحيح . نعم لو جرى نزاع بينه وبين المشترى فيه فلا بد من عدلين (قوله أنه لايلزمه بيان ذلك) معتمد : أى فينبغى أن يخبر بذلك فلو لم يفعل كره ، ويؤيده قوله وفى النفس منه شيء أن الصفة لو اختلفت بما يوجب التفاوت فى القيمة وجب ذكرها (قوله وفى الأجل) قد يؤخذ منه أن هنا لايلحق المشترى بخلافه فى التولية والإشراك على ماتقدم اه سم على حج . وقول سم : إن الأجل هنا : أى فى قوله بعت بما اشتريت أو بما قام الخ (قوله أى أصله) بمؤجل (قوله أو قدره) هى بمعنى الواو ومحل اشتراط ذكر القدر إذا لم يكن ثم عرف وإلا اكتفى بأصل الأجل ويحمل على المتعارف اه حج بالمعنى . وقد خالفه الشارح بقوله مطلقا الخ : إن أريد بالإطلاق أنه لافرق بين أن يكون ثم عرف يحمل عليه أولا ، ولكن هذا لايتعين فى كلام الشارح بل الظاهر من قوله وإن ذهب الزركشى الخ أن معنى الإطلاق عدم الفرق بين كون الأجل زائدا على المعتاد وعدم زيادته ، وهو لاينافى الصحة إذا كان ثم عرف يحمل عليه الأجل المطلق ، ثم ظاهر كلام المصنف والشارح أنه لايشترط لصحة العقد ذكر الأصل ، وقضية قول حج والثانى ذكر الأصل واضح خلافه (قوله مطلقا) أى معتادا أم لا (قوله أن محل وجوب ذكره) أى الأجل (قوله ووجهه مامر) أى من قول المصنف ليصدق الخ (قوله فله الخيار) أى المشترى (قوله كما فى الروضة) أىبأن صرح بها أو بما يدل عليها كما تقدم (قوله ولا ينافيه) أى القول بالكراهة (قوله وجوب الأخبار) أى حيث يجب عليه أن يخبر (٧) بأنه وإن غيره فباعه منه بزيادة ثم اشترى بها لانتفاء الملازمة بينهما : أى بين وجوب الإخبار بما جرى وكراهة المواطأة (قوله ولا فرق فى ذلك) فى وجوب الصدق بالشراء

ولعل المراد التمثيل انتهى . وقول الشارح إذا لزمت المولى : يعنى من باع مرابحة (قوله مطلقا) هو بالنسبة للقدر إذ هو مقابل لتفصيل الزركشى الآتى : أى الذى تبع فيه شيخه الأذرعى ؛ فالضمير فى قول الشارح ذكره راجع إلى القدر ، وظاهر أنه يلزم من ذكر القدر ذكر الأجل (قوله أى وقد باعه مرابحة) قضيته أنه لو كان محاطة لاخيار وإن لم يف الحط بما بين الثمنين كما إذا أخبر بمائة وكان قد اشتراه بثمانين وكان الحط عشرة من المائة وفيه وقفة (قوله لانتفاء الملازمة بينهما) أى لأن الكلام فى حكم المواطأة من حيث هى وإن كان بعد حصولها يلزمه الإخبار : أى فاندفع قول الزركشى إن القائل بثبوت الخيار لم يقل بالكراهة بل بالتحريم كما أشار إليه صاحب الاستقصاء الذى يظهر ، لأن ما أثبت الخيار يجب إظهاره كالعيب ، قال وعليه ففى جزم النووى بالكراهة مع

مرابحة وإن لم يخبر بقيمته على ماجزم به السبكى تبعا للماوردى . وقال المتولى : لافرق بينهما وتعليلهم صريح فى موافقته : قال البلقينى : لو اختلفت قيمة العرض فى زمن الخيار فهل تعتبر قيمته يوم العقد أو يوم الاستقرار لم أقف على نقل فيها ، ويحتمل أن يكون كما فى الشفعة اه . والمعتمد الأول فقد قال فى النهاية إنه يذكر قيمة العرض حالة العقد ولا مبالاة بارتفاعها بعد ذلك (و) فى (بيان العيب) القديم و (الحادث عنده) بآفة أو جناية تنقص القيمة أو العين لاختلاف الغرض بذلك إذ الحادث ينقص به المبيع عما كان حين البيع وفى أنه اشتراه غير عالم به ثم علم ورضى به وفى أنه اشتراه من محجوره أو مدينه المعسر أو المماطل بدينه ، ومثله ما إذا اشتراه بأكثر من قيمته لغرض خاص وما أخذه من نحو لبن أوصوف موجود حالة العقد ، ولوأخذ أرش عيب وباع بلفظ القيام حط الأرش أو بلفظ ما اشتريت ذكر صورة الحال من عيب وأخذ أرش ولو لم يذكر ماوجب الإخبار به ثبت الخيار كما مر (فلو قال) اشتريته (بمائة) وباعه مرابحة (فبان) أنه اشتراه (بتسعين) ببينة أو إقرار (فالأظهر أنه يحط الزيادة وربحها) لأنه تمليك باعتبار الثمن الأول كما فى الشفعة . والثانى لايحط شىء لأنه قد سمى عوضا وعقد به والبيع صحيح على القولين : أى يتبين به انعقاده بما عداهما فلا يحتاج لإنشاء حط (و) الأظهر على الحط أنه (لاخيار للمشترى) ولا للبائع أيضا وإن عذر سواء أكان المبيع باقيا أم تالفا : أما المشترى فلرضاه بالأكثر فبالأقل أولى ، وأما البائع فلتدليسه . والثانى يثبت الخيار لأنه قد يكون للمشترى غرض فى الشراء بذلك المبلغ لإبرار قسم أوإنفاذ وصية أو للبائع لأنه لم يسلم له ماسماه ، قال السبكى : وهو على الفور (ولو زعم أنه) أى الثمن الذى اشترى به مرابحة (مائة وعشرة) مثلا وأنه غلط فيما قاله أولا أنه مائة (وصدقه المشترى) على ذلك (لم يصح البيع) الواقع

بالعرض وذكر القيمة (قوله وإن لم يخبر بقيمته) معتمد ، وهذا قد يخالف ماقدمه فى قوله أما المتقوم فلا تصح التولية معه إلا بعد انتقاله الخ ،وحيث جعله مقابل المثلى .ويمكن الجواب عنه بأنه لاتنافى بينهما كأن يقال ماتقدم فى بيان مايستحق المولى المطالبة على المتولى وما هنا فى بيان ما يجب الإخبار به وتختلف به الرغبة فى الثمن زيادة ونقصا (قوله لافرق بينهما) قال حج : وهو الأوجه ، وقضية سياق الشارح اعتماد الأول حيث قدمه ، ولم يذكر مايشعر بترجيح الثانى لكن قوله هنا وتعليلهم الخ قد يشعر بترجيح الثانى (قوله والمعتمد الأول)خلافا لحج (قوله ولا مبالاة بارتفاعها) أى أو انحطاطها (قوله واو أخذ أرش عيب) أو أرش جناية على المبيع بعد الشراء كما فى الأنوار قاله سم على منهج وأقره الشارح (قوله يثبت الخيار) أى فورا لأنه خيار عيب (قوله كما مر) أى حيث باع مرابحة (قوله بما عداهما) أى عدا الزيادة وربحها (قوله فلتدليسه) أى لأن الغالب علمه بما اشترى به وإلا نافى قوله قبل وإن عذر (قوله قال السبكى) مبنى على الثانى

تقويته القول بثبوت الخيار نظر اه (قوله على ماجزم به السبكى الخ) صريح هذا التبرى أنه يعتمد قول المتولى خصوصا وقد أردفه بأن تعليل الأصحاب صريح فى موافقته ، وبهذا يعلم ما فى حاشية الشيخ من أخذه من تقديم الشارح لكلام السبكى أنه يعتمد إذ لا اعتماد مع التبرى (قوله ولا مبالاة بارتفاعها) أى ولا بانخفاضها (قوله إذا الحادث ينقص به المبيع) أى ولأن الغرض يختل بالعيب مطلقا كما فى شرح الروض ، وإنما اقتصر الشارح على تعليل الحادث لأنه الذى فى المتن (قوله ولو لم يذكر ما وجب الإخبار به) عبارة التحفة فلو لم يبين نحو الأجل تخير المشترى انتهت . ويجب حمل كلام الشارح عليها وإلا نافاه المتن بعده (قوله أى تبين به) أى يتبين كونه بتسعين (قوله فلتدليسه) جرى على الغالب فلا ينافى قوله وإن عذر (قوله الذى اشترى به مرابحة) الظاهر الذى اشترى به

بينهما مرابحة (فى الأصح) لتعذر قبول العقد زيادة بخلاف النقص بدليل الأرش (قلت : الأصح صحته ، والله أعلم) كما لو غلط بالزيادة ، وما علل به الأول مردود بعدم ثبوت الزيادة لكن يثبت الخيار للبائع ، وإنما راعوا هنا ما وقع العقد الأول به دون الثانى حتى يثبت النقص ، لأنه هناك لما ثبت كذبه ألغى قوله فى العقد مائة وإن عذر ورجع إلى التسعين ، وهنا لما قوى جانبه بتصديق المشترى له جبرناه بالخيار والمشترى بإسقاط الزيادة (وإن كذبه) المشترى (ولم يبين) البائع (لغلطه) الذى ادعاه (وجها محتملا) بفتح الميم (لم يقبل قوله) لأنه رجوع عن حق آدمى (ولا بينته) إن أقامها على الغلط لتكذيبه لها بقوله الأول ويفارق مالو باع دارا ثم ادعى أنها وقف عليه أو أنها كانت غير مملوكة له ثم ورثها حيث تسمع دعواه وتقبل بينته إن لم يكن صرح حال بيعها بأنها ملكه ، كما لو شهدت حسبة أنها وقف على البائع وذريته ثم الفقراء وتصرف له الغلة إن كذب نفسه وصدق البينة بأن العذر ثم أوضح فإن الوقف والموت الناقل له ليسا من فعله ، فإذا عارضا قوله وأمكن الجمع بينهما بأن لم يصرح حال البيع بالملك فلذا سمعت بينته . وأما هنا فالتناقض نشأ من قوله فلم يعذر بالنسبة لقبول بينته بل للتحليف كما قال (وله تحليف المشترى أنه لايعرف ذلك فى الأصح) أى أن الثمن مائة وعشرة لاحتمال إقراره عند عرض اليمين عليه والثانى لا كما لاتسمع بينته ، وعلى الأول فإن حلف فذاك وإلا ردت على البائع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار ويثبت للمشترى الخيار بين إمضاء العقد على ما حلف عليه وفسخه . قال الشيخان : كذا أطلقوه ، وقضية قولنا إن اليمين المردودة كالإقرار أن يعود فيه ماذكرنا حالة التصديق : أى فلا يتخير المشترى بل البائع لعدم ثبوت الزيادة ، وهذا هو المعتمد كما قال فى الأنوار إنه الحق : قال : وما ذكره من إطلاقهم غير مسلم فإن الإمام والمتولى والغزالى أوردوا أنه كالتصديق ، ولم يتعرض الكثير لحكم الرد ، وقد طالعت زهاء ثلاثين مصنفا ما بين قصير وطويل فلم أجد التخيير إلا فى الشامل لابن الصباغ ، وقد يوجه ماقالوه بأنها ليست كالإقرار من كل وجه كما يعلم من كلامهم الآتى فى الدعاوى ، وعلم مما تقرر أن قول الشارح تبعا لغيره وللمشترى حينئذ الخيار مبنى على المرجوح القائل بثبوت الزيادة . أما على الأصح فلا تثبت له وللبائع الخيار كما

(قوله وإنما راعوا هنا) أى فيما لو زعم أنه مائة وعشرة الخ (قوله حتى ثبت النقص) أى الذى ادعاه البائع أى فيزاد فى الثمن (قوله جبرناه) أى البائع بالخيار. قال الشيخ عميرة : وأيضا فالزيادة لم يرض بها المشترى ، بخلاف النقص السالف فإنه رضى به فى ضمن رضاه بالأكثر (قوله بأنها ملكه) أى فإن صرح بذلك لم تقبل دعواه ولا بينته. ومحله إذا لم يذكر تأويلا لتصريحه فإن ذكره كأن قال كنت نسيت أو اشتبه المبيع على بغيره قبل ذلك منه كما ذكره الشارح فى باب الحوالة بعد قول المصنف ولو باع عبدا ثم اتفق المتبايعان الخ فى بعض النسخ المعتمدة وعبارته : وظاهر أن محل الخلاف إذا لم يذكر تأويلا فإن ذكره كأن قال كنت عتقته ونسيت أو اشتبه على بغيره فينبغى سماعها قطعا اه (قوله فالتناقض نشأ الخ) قال سم على حج : قوله فالتناقض الخ قد يقال والتناقض هنا نشأ من قوله وهو دعواه أنها وقف أو كانت ملك غيره فإن هذا القول مناقض لبيعه ، إلا أن يقال لما كان الوقف والموت ليسا من فعله وقد يخفى كل منهما عليه لم يجعل ذلك تناقضا (قوله على ماحلف عليه) أى البائع (قوله كما فى الأنوار) للأردبيلى (قوله قال) أى صاحب الأنوار (قوله وقد طالعت) من كلام صاحب الأنوار (قوله زهاء) أى قدر (قوله وللبائع الخيار) أى ويثبت للبائع الخ

وباع مرابحة ، فلعل لفظ وباع سقط من الكتبة على أنه لاحاجة إلى قوله مرابحة (قوله قلت الأصح صحته) أى بالمائة فقط (قوله وإنما راعوا هنا) يعنى فى مسئلة الغلط بالزيادة (قوله كما لو شهدت حسبة) أى وإن صرح حال بيعها بأنها ملكه بدليل قوله وإن كذب نفسه (قوله وقد يوجه ما قالوه الخ) من كلام الشارح وما قبله من كلام الأنوار

مرّ (وإن بين) لغلطه وجها محتملا كجاءنى كتاب على لسان وكيلى أنه اشتراه بكذا فبان كذبا ، أو تبين لى بمراجعة جريدتى أنى غلطت من ثمن متاع إلى غيره (فله التحليف) كما مر لأن مابينه يحرك ظن صدقه فإن حلف فذاك وإلا ردت (والأصح) على التحليف (سماع بينته) بأن الثمن مائة وعشرة لظهور عذره : والثانى لا لتكذيبه لها ، ولو اتهب بشرط ثواب معلوم باع به مرابحة أو اتهبه بلا عوض أو ملكه بإرث أو وصية أو نحوها ذكر القيمة وباع بها مرابحة ، ولا يبيع بلفظ القيام ولا الشراء ولا رأس المال لأن ذلك كذب ، وله أن يقول فى عبده هو أجرة أو عوض خلع أو نكاح أو صالح به عن دم قام علىّ بكذا ويذكر أجرة المثل فى الإجارة ومهره فى الخلع والنكاح والدية فى الصلح بأن يقول قام على بمائة هى أجرة مثل دار مثلا أو مهر مثل امرأة أو صلح عن دية وبعتكه بها ولا يقول اشتريت ولا رأس المال كذا لأنه كذب .

باب بيع الأصول

وهى الأرض والشجر (والثمار) جمع ثمر وهو جمع ثمرة ، وذكر فى الباب غيرهما بطريق التبعية

(قوله فله التحليف) أى للمشترى (قوله يحرك ظن صدقه) أى يقويه (قوله والأصح على التحليف) أى إذا قلنا له التحليف ومعلوم أنه لاتحليف عند إقامة البينة (قوله لظهور عذره) قال حج : وبهذا فارق ماهنا أيضا أفتى ابن عبد السلام فيمن باع بالغا مقرّا له بالرق ثم ادعى أنه حرّ وأقام بينة بأنه عتق قبل البيع بأنها تقبل : أى وإن لم يذكر لإقراره بالرق عذرا كما اقتضاه إطلاقه ، لأن العتيق قد يطلق على نفسه أنه عبد فلان ومملوكه ، وقضيته أنه لاتقبل بينته لكونه حرّ الأصل ، ويتعين حمله بعد تسليمه على ما إذا لم يبد عذرا كسبيت طفلا (قوله باع به) جواب لو (قوله أو نحوها) كالهدية والصدقة (قوله ذكر القيمة) أى فيما لو اتهبه بلا عوض الخ كأن يقول بعتك هذا بقيمته وهى كذا وربح درهم لكل عشرة (قوله أو صلح عن دية) الموافق لما مر أن يقول عن دم الخ .

(باب) بيع (الأصول والثمار)

(قوله وهى الأرض الخ) بيان للمراد بالأصول هنا وإلا فهى جمع أصل ، وهولايختص بما ذكر هنا لأنه لغة مابنى عليه غيره (قوله وهو جمع ثمرة) ويجمع ثمار على ثمر وثمر على أثمار ككتاب وكتب وعنق وأعناق ، ثم ماتقرر صريح فى أن الثمر جمع وقد اختلف فى مثله مما يفرق بينه وبين واحده بالهاء فقيل هو اسم جمع لا جمع ، وعليه فكان القياس أن يقول الشارح وهى جمع ثمرة ، وفى المصباح الإبل اسم جمع لا واحد لها من لفظها وهى مؤنثة لأن اسم الجمع الذى لا واحد له من لفظه إذا كان لما لايعقل يلزمه التأنيث وتدخله الهاء إذا صغر اه : ومفهوم قوله لا واحد له من لفظه أنه إذا كان له واحد من لفظه كما هنا لايتعين فيه التأنيث (قوله غيرهما) أى من المحاقلة والمزابنة وبيع الزرع الأخضر والعرايا اه بكرى (قوله بطريق التبعية) قد يكون بطريق الأصالة وإن لم

فكان ينبغى أن يقول عقبه اه (قوله والأصح سماع بينته) أى وإذا سمعت كان كتصديق المشترى فيما ذكر فيه كما نقله النور والزيادى عن المتولى وغيره :

(باب الأصول والثمار)

إذا (قال بعتك) أو وهبتك (هذه الأرض أو الساحة) وهى الفضاء بين الأبنية أو العرصة (أو البقعة وفيها بناء) ولو بئرا لكن لايدخل الماء الموجود فيها وقت البيع إلا بشرطه ، بل لايصح بيعها مستقلة وتابعة كما مر آخر الربا إلا بهذا الشرط ، وإلا لاختلط الحادث بالموجود وأدى لطول النزاع بينهما (وشجر) نابت رطب وإن كان شجر موز كما ذكره البغوى وصححه السبكى (فالمذهب أنه) أى ماذكر من البناء والشجر (يدخل فى البيع) لقوته فاستتبع (دون الرهن) لضعفه ، ويلحق بالبيع أخذا من العلة كل ناقل للملك كوقف ووصية وعوض خلع وإصداق وصلح وأجرة ، وبالرهن كل ما لاينقله كعارية وإجارة وإقرار كما اقتضاه كلام الرافعى وهو الأقرب لبنائه على اليقين وإن أفتى القفال بأنه كالبيع . والثانى يدخلان لأنهما للدوام فأشبها أجزاء الأرض ولهذا يلحقان بها فى الأخذ بالشفعة ،

يترجم له اه سم وهو جواب ثان (قوله إذا قال بعتك) أى شخص ولو وكيلا مأذونا له فى بيع الأرض من غير نص على مافيها أخذا من كلام سم الآتى ؛ وينبغى أن مثله ولىّ المحجور عليه بل أولى لأنه نائب عن المولى عليه شرعا فعله كفعله (قوله وهى الفضاء) أى الساحة لغة (قوله أو العرصة) قال فى القاموس : والعرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء اه سم على حج ، ومنه يعلم أن الفقهاء لم يستعملوا العرصة والساحة فى معناهما اللغوى ، بل أشاروا إلى أن الألفاظ الأربعة عرفا بمعنى ، وهو القطعة من الأرض لابقيد كونها بين الدور (قوله وفيها بناء) وخرج بفيها ما فى حدها ، فإذا دخل الحدّ فى البيع دخل مافيه وإلا فلا ، وعلى الثانى يحمل إفتاء الغزالى بأنه لايدخل ما فى حدها ، وفى زيادات العبادى باع أرضا على مجرى ماء شجر فإن ملكه البائع فهى للمشترى وإن كان له حق الأجراء : أى فقط فهى للبائع (قوله إلا بشرطه) وهو النص عليه (قوله وشجر نابت) لامقلوع ولا جاف (قوله وإن كان شجر موز) إنما أخذه غاية لأنه لما جرت العادة فيه بأنه يخلف ويموت الأصل فينقل فربما يتوهم أنه كالزرع الذى يؤخذ دفعة فلا يدخل أو كالشتل الذى ينقل عادة (قوله ويلحق بالبيع) الخ انظر جعل الجعالة ولا يبعد أنه كالبيع لأن فيه نقلا وإن لم يكن فى الحال فليتأمل ، وقد يؤيده دخول الوصية مع أنها لا نقل فيها فى الحال فليتأمل . وقال مر : إن التوكيل ببيع الأرض يدخل فيه مافيها من نحو بناء وشجر ، واستدل بأن بعضهم قال : إن بيع الوكيل كبيع المالك فليحرر اه سم على منهج : وفى حج مانصه : وألحق بكل مما ذكر التوكيل فيه ، وفيه نظر ، والفرق المذكور ينازع فيه فالذى يتجه أنه لا استتباع فيه اه (قوله ووصية الخ) وعليه فلو أوصى له بأرض وفيها بناء وشجر حال الوصية دخلا فى الأرض ، بخلاف مالو حدثا أو أحدهما بغير فعل من المالك كما لو ألقى السيل بذرا فى الأرض فنبت فمات الموصى وهو موجود فى الأرض فلا يدخلان لأنهما حادثان بعد الوصية فلم تشملهما فيختص بها الوارث ، ويؤيده ماقالوه فى الوصية من أنه لو أوصى له بدابة حائل ثم حملت ومات الموصى ثم قبل الموصى له الوصية فإن الحمل للوارث لحدوثه بعد الوصية (قوله وصلح) أى وهبة وبقى مالو وكله فى هبة الأرض بما فيها فوهب الأرض فقط أو عكسه فهل يصح أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الصحة لأنه أذن له فى شيئين أتى بأحدهما دون الآخر ، وهو لايضرّ لأنه بقى له بعض التصرف فيه ، ولا يشكل عليه مالو وكله فى بيع دار فباع نصفها لم يصح ، لأنا نقول بلحوق الضرر فى هذه دون تلك ، وأما لو وكله فى إيجار أرض وأطلق فآجرها مع مافيها من الأبنية وغيرها فالذى يظهر صحة الإجارة فى الأرض وفسادها فيما انضم إليها لأنه جمع فى عقد واحد بين مايصح وبين مالا يصح ، فقلنا بصحة الإجارة بالقسط من المسمى باعتبار مايخص الأرض من أجرة المثل (قوله وأجرة) أى بأن جعل الأرض أجرة بخلاف مالو آجرها فلا يدخل مافيها كما يأتى (قوله وهو الأقرب) راجع للإقرار (قوله لبنائه) أى الإقرار (قوله والثانى يدخلان) أى فى الرهن

(قوله والثانى يدخلان) ظاهر هذا الصنيع أن الخلاف إنما هو فى الرهن وأن فيه طريقين : أحدهما عدم

ولو قال بما فيها أو بحقوقها دخل ذلك كله قطعا حتى فى نحو الرهن أو دون حقوقها أو مافيها لم يدخل قطعا . أما الشجر اليابس فلا يدخل كما صرح به ابن الرفعة والسبكى وغيرهما ، وهو قياس ما يأتى من أن الشجر لايتناول غصنه اليابس ، ولا شك أن دخول الغصن فى اسم الشجر أقرب من دخول الشجرة فى اسم الأرض ، ولهذا يدخل الغصن الرطب بلا خلاف ، ولا يشكل بتناول الدار ما أثبت فيها من وتد ونحوه كما سيأتى لأن ذلك أثبت فيها للانتفاع به مثبتا فصار كجزئها ، بخلاف الشجرة اليابسة ، ومثلها فى ذلك المقلوعة لأنها لاتراد للدوام فأشبه أمتعة الدار . نعم إن عرش عليها عريش لعنب ونحوه أو جعلت دعامة لجدار أو غيره صارت كالوتد فتدخل فى البيع ، ولا يدخل فى بيع الأرض مسيل الماء وشربها من القناة والنهر المملوكين إن لم يشرطه ، فإن شرطه كأن قال بحقوقها دخل ، والمراد الخارج من ذلك من الأرض ، أما الداخل فيها فلا ريب فى دخوله ، نبه عليه السبكى وغيره ، و يفارق مالو اكتراها لغراس أو زرع حيث يدخل ذلك مطلقا بأن المنفعة لاتحصل بدونه . قال الدميرى : ومما يدخل فى بيع الأرض السواقى التى تشرب منها وأنهارها وعين ماء فيها كما مرت الإشارة إليه ، وعلم مما تقرر أن تعبير المصنف بقوله فالمذهب صحيح سائغ فى العربية لأنه تقدمه شرط بالقوة وهو كاف فى نحو ذلك ، فسقط

(قوله ولو قال) أى قال بعتك أو نحوه ليتأتى قوله حتى فى الرهن الخ (قوله بما فيها) أى حتى الأشجار المقلوعة واليابسة فيما يظهر وتردد فيه سم على حج (قوله دخل ذلك كله قطعا) أى سواء كان عالما بذلك أو جاهلا (قوله أما الشجر) محترز قوله رطب (قوله فلا يدخل) هل إلا أن يقول بما فيها أولا فيه نظر اهـ سم على حج . أقول : الأقرب الدخول لأنها لاتزيد على أمتعة الدار ، وهى لو قال فيها ذلك بعد رؤيتها دخلت (قوله فى اسم الأرض) أى فى اسم الأرض بالتبعية لها (قوله ولا يشكل) أى ماذكر فى الشجر اليابس (قوله فأشبه) أى المقلوعة واليابس (قوله نعم إن عرش) هل يلحق بذلك مالو اعتيد عدم قلعهم لليابسة والانتفاع بها بربط الدواب ونحوه فيها ؟ فيه نظر ، والإلحاق محتمل تنزيلا لاعتياد ذلك منزلة التعريش (قوله أو جعلت دعامة) أى بالفعل لا بالنية ، وينبغى أن مثل ذلك تهيئتها له (قوله مسيل الماء الخ) بفتح الميم وكسر السين وسكون الياء مثل رغيف . قال فى المصباح والمسيل مجرى السيل ، والجمع مسايل ومسل بضمتين ، وربما قيل مسلان مثل رغيف ورغفان (قوله وشربها) بكسر الشين أى نصيبها (قوله والنهر المملوكين) قضية كلام سم على حج أن مايستحقه البائع من السقى من الماء المباح يثبت للمشترى منه بلا شرط ، وقد يفهمه قول الشارح المملوكين (قوله حيث يدخل ذلك) أى الشرب ومسيل الماء (قوله مطلقا) أى شرط دخوله أو أطلق (قوله وعين ماء) أى حيث كانت المذكورات فى الأرض أما لو كانت خارجة عنها فلا تدخل إلا بالشرط كما هو ظاهر ، ويجوز حمل كلام الشارح عليه بجعل قوله فيها حالا من الثلاثة قبله (قوله كما مرت الإشارة إليه) أى فى قوله والمراد الخارج

دخول البناء والشجر فيه : والثانى دخولهما وليس كذلك ، بل الواقع أن الخلاف فى البيع والرهن على ثلاثة طرق أو أربعة ، ومنشؤه أن الشافعى رضى الله عنه نص فى البيع على الدخول وفى الرهن على عدمه ، فمنهم من قرر النصين وفرق بما مر من القوة فى البيع والضعف فى الرهن ، وهذه الطريقة هى التى اختارها المصنف ، ومنهم من جعل فى كل من البيع والرهن قولين بالنص والتخريج ، ومنهم من قطع بعدم الدخول فيهما : أى مضعفا لنص البيع ، ومنهم من قطع فى البيع بالدخول وأجرى فى الرهن قولين وما فى الشارح يوافق هذا الأخير لكنه لايناسبه مابعده فتأمل (قوله فيها) تنازعه قوله السواقى وما بعده بدليل قوله كما مرت الإشارة إليه

القول بأنه غير سائغ فيها لعدم تقدم شرط عليه ولا مايقتضى الربط (وأصول البقل التى تبقى) فى الأرض (سنتين) و أكثر أو أقل وإن لم تبق فيها إلا دون سنة كما قاله جماعة . منهم الرويانى ، ونقله عن نص الأم : وقال الأذرعى : إنه المذهب ، وجزم به فى الأنوار بحيث يجز مرة بعد أخرى فتعبيره جرى على الغالب ، والضابط ما قلناه (كالقتّ) بالقاف والتاء المثناة ، وهو مايقطع للدواب ويسمى القرط والرطبة والفصفصة بكسر الفاءين وبالمهملة والقضب أيضا بمعجمة ساكنة ، وقيل مهملة (والهندبا) بالمد والقصر والقصب الفارسى والسلق المعروف ، ومنه نوع لايجزّ إلامرة واحدة ، والقطن الحجازى ، والنرجس والقثاء والبطيخ وإن لم يثمر اعتبارا بما من شأنه ذلك والنعناع

(قوله تناول الأشجار والبناء (١)) ووجه ذلك أن الأشجار والبناء من مسمى البستان فدخلتا فى رهنه دون رهن الأرض لأنها ليست من مسماها .

[فرع] أفتى بعضهم فى أرض مشتركة ولأحدهم فيها نخل خاص به أو حصته فيها أكثر منها فباع حصته من الأرض بأنه يدخل جميع الشجر فى الأولى وحصته فى الثانية لأنه باع أرضا له فيها شجر ، ويرد بأن الظاهر فى الزائد خلافه : أى وما علل به لاينتج ما قاله لأن الشجر ليس فى أرضه وحده بل فى أرضه وأرض غيره فيدخل ما فى أرضه فقط وهو مايخص حصته فى الأرض دون مازاد عليه مما فى حصة شريكه اه حج . قوله مازاد ينبغى أن يبقى بلا أجرة لأنه وضع بحق ، وقوله ويرد بأن الظاهر خلافه كتب عليه سم إذا قلنا بهذا الظاهر وكان الشجر فى أحد جانبى الأرض وقاسم المشترى الشريك الآخر فخرج للمشترى الجانب الخالى عن الشجر . فظاهر الكلام أن ذلك لايمنعه من ملكه مادخل فى البيع من الشجر وهل يستحق إبقاءه بلا أجرة إن كان بائعه كذلك اه . أقول : القياس أنه كذلك فيبقى بلا أجرة (قوله مرّة بعد أخرى) أى أو تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى ، ولو زاده كان أولى كما فعل الشيخ فى شرح منهجه (قوله فتعبيره) أى بسنتين (قوله والضابط ماقلناه) أى من قوله بحيث تجز مرة بعد أخرى

[فرع] سئل م ر بالدرس عمن اشترى إناء فيه زرع يجزّ مرارا ، فأجاب بأنه يدخل الإناء وما فيه دون الجزّة الظاهرة ، ولابد من شرط قطعها . والحاصل أن الإناء بالنسبة لما فيه كالأرض بالنسبة لما فيها اه سم على منهج . ومن قوله والحاصل الخ يعلم أن الكلام فيما لو أطلق فى بيع الإناء . أما لو قال بعتك الإناء وما فيه كانت الجزّة الظاهرة من جملة المبيع فلا يحتاج إلى شرط قطعها بل لايصح (قوله وقيل مهملة) أى مفتوحة اه حج (قوله والهندبا) أى البقل اه عميرة . أقول : لعل المراد بها مايسمى فى العرف بقلا ، وعبارة شيخنا الزيادى قوله وأصول البقل هو خضروات الأرض . قال فى الصحاح : كل نبات اخضرّت له الأرض فهو بقل (قوله والسلق) بكسر السين شرح الروض ومثله فى الخطيب ولم يتعرضا للام هل هى ساكنة أو مفتوحة ، والأصل السكون ويصرح به اقتصار القاموس على كسر السين وعدم تعرضه للام لأن من قاعدته إذا أطلق الحرف الثانى ولم يقيده كان ساكنا (قوله ومنه نوع لايجزّ) أى فلا يدخل فى البيع (قوله والنعناع) فى المختار النعناع بقلة وكذا النعنع مقصور منه اه . وفى القاموس والنعناع والنعنع كجعفر وهدهد أو كجعفر وهم للجوهرى بقل معروف ، وقوله أو كجعفر : أى فقط وعبارة الصحاح : النعناع بقلة معروفة ، وكذلك النعنع مقصور منه ، والنعنع بالضم الطويل اه . فافهم أن النعنع

(قوله السلق) هو بكسر السين .

---

(١) (قول المحشى قوله تناول الأشجار الخ) ليس فى نسخ الشرح التى بأيدينا تناول الخ .

والكرفس والبنفسج (كالشجر) لأن هذه المذكورات تراد للثبات والدوام فتدخل فى نحو البيع دون نحو الرهن ، والثمرة الظاهرة والجزة الموجودة عند البيع للبائع كما فهم من قوله أصول البقل فيجب شرط قطعهما وإن لم يبلغا أوان الجز والقطع لئلا يزيد فيشتبه المبيع بغيره ، بخلاف الثمرة التى لايغلب اختلاطها فلا يشترط فيها ذلك : وأما غيرها فكالجزة كما يعلم مما يأتى . وما ذكر من اشتراط القطع هو ماجزم به الشيخان كالبغوى وغيره ، واعتبار كثيرين وجوب القطع من غير اعتبار شرطه محمول على ذلك . قال فى التتمة إلا القصب : أى الفارسى فهو بالمهملة كما قاله الأذرعى وإن ضبطه الأسنوى بالمعجمة فلا يكلف قطعه : أى مع اشتراط قطعه حتى يكون قدرا ينتفع به . قالوا لأنه متى قطع قبل أوان قطعه تالف ولم يصلح لشىء ، وقول جمع يغنى وجوب القطع فى غير القصب عن شرطه مردود ، إلا أن يؤول ، وشجر الخلاف كما قاله القاضى الحسين منه مايقطع من أصله كل سنة

بضمتين لايطلق على البقلة المعروفة ، فقول القاموس : أو كجعفر وهم معناه أن اقتصار الصحاح على أنه كجعفر لاكهدهد وهم اه (قوله لأن هذه المذكورات تراد للثبات والدوام) لايقال : مامعنى الدوام مع أن مدته قليلة وإن أخذ مرة بعد أخرى . لأنا نقول : لما كان المعتاد فى مثله أخذ ماظهر مع بقاء أصوله أشبه ماقصد منه الدوام ولا كذلك مايؤخذ دفعه فإنه وإن طالت مدة إدراكه مأخوذ دفعة فأشبه أمتعة الدار التى تؤخذ دفعة واحدة (قوله والجزة) بكسر الجيم (قوله فيشتبه المبيع) أى فلو أخر القطع وحصل الاشتباه واختلفا فى ذلك ، فإن اتفقا على شىء فذاك وإلا صدق صاحب اليد كما يأتى (قوله وأما غيرها) أى غير أصول البقل المذكورة من أصول مايؤخذ دفعة واحدة (قوله فكالجزة) أى فلا يدخل (قوله محمول على ذلك) أى شرطه (قوله فهو بالمهملة) أى وبفتحها أيضا (قوله فلا يكلف قطعه الخ) وقد يقال : أى فائدة فى بقائه مع أن الزيادة للمشترى ؟ وقد يجاب بأن زيادة الظاهر بالغلظ بحيث ينتفع به للبائع لأنها تولدت من ملكه فليتأمل ، وقد أقر مر هذا الجواب أخذا بقضية هذا الكلام ثم بعد ذلك تردد فيه فليحرر انتهى سم على منهج (قوله حتى يكون قدرا الخ) أى ولا أجرة عليه مدة بقائه (قوله إلا أن يؤول) انظر بماذا يؤول ، وقد يقال يؤول بحمل وجوب القطع على وجوب شرطه كما مرت الإشارة إليه فى قوله محمول على ذلك (قوله وشجر الخلاف) بكسر الخاء والتخفيف كما يأتى وهو المسمى الآن بالبان (قوله كما قاله القاضى) وقضية هذا وما يأتى أن شجر الخلاف ليس فى التتمة ، وعبارة الزيادى نصها : وعبارة التتمة الثالث جرت العادة بقطع القصب والخلاف ، فالحكم فيهما على ماذكر فيدخل عروقها فى العقد دون الظاهر إلا أن يفارق الزرع فى شىء ، وهو إذا كان الظاهر من القصب مما لايمكن الانتفاع به إذا قطع فى الحال لايكلف القطع حتى يبلغ حالا يصلح للانتفاع كالثمر على الشجر اه . فقد صرح بأن شجر الخلاف فى التتمة لكنه لم يذكر فيه أنه لايكلف قطع ماظهر من الخلاف إلا إذا كان قدرا ينتفع به ، وما ذكره الشارح عن القاضى يفيده فمن ثم

(قوله فيجب شرط قطعهما) أى إن غلب اختلاطهما بدليل التعليل وبدليل محترزه الآتى (قوله وأما غيرها) يعنى غير الثمرة التى لايغلب اختلاطها وهذا لاحاجة إليه مع قوله المار والثمرة الظاهرة الخ . لأنه عينه وعذره أنه تابع فى هذا للروض وشرحه حتى فى قوله كما يعلم مما يأتى وهو إنما يناسب هناك كما يعلم بمراجعته لا هنا (قول من غير اعتبار شرطه) بمعنى أنهم قالوا إن وجوب القطع يغنى عن اشتراطه كما يعلم من قوله الآتى وقول جمع يغنى وجوب القطع الخ الذى هو مكرر مع هذا ، وما هنا عبارة شرح الروض والآتى عبارة التحفة جمع الشارح بينهما

فكالقصب ونحوه حرفا بحرف ، وما يترك ساقه وتؤخذ أغصانه فكالثمار . قال ابن الأستاذ : وهو متجه . قال الأذرعى : ويظهر تنزيل اختلاف كلام الإمام على هذا التفصيل ، وقد اعترض السبكى مامر من استثناء القصب بأنه إما أن يعتبر الانتفاع فى الكل أولا يعتبر فى الكل ؛ ورجح هذا وفرق بينه وبين بيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح بأنها مبيعة بخلاف ماهنا ، واعترضه الأذرعى بأن ماظهر وإن لم يكن مبيعا يصير كبيع بعض ثوب ينقص بقطعه وفرق الشيخ بأن القبض هنا متأتّ بالتخلية وثم متوقف على النقل المتوقف على القطع المؤدى إلى النقص ، ثم أجاب عن اعتراض السبكى بأن تكليف البائع قطع ما استثنى يؤدى إلى أنه لاينتفع به من الوجه الذى يراد الانتفاع به بخلاف غيره ، ولا بعد فى تأخير وجوب القطع حالا لمعنى بل قد عهد تخلفه بالكلية وذلك فى بيع الثمرة من مالك الشجرة اه . وأبعد بعضهم فبحث أن وجه تخصيص الاستثناء بالقصب عدم الانتفاع بصغيره من كل وجه فلا

عزاه له دون التتمة (قوله ونحوه) انظر نحوه ماهو ، ولعل مرادهم بنحوه مالا ينتفع به صغيرا (قوله يترك ساقه) أى من الخلاف (قوله فكالثمار) أى فيدخل (قوله ورجح هذا) أى عدم اعتباره فى الكل (قوله بأنها) أى الثمرة (قوله بخلاف ماهنا) أى القصب (قوله واعترضه) أى اعترض فرق السبكى (قوله يصير كبيع بعض) أى وهو باطل كما تقدم (قوله وفرق الشيخ) أى بين ماهنا وبين الجزء الذى ينقص بقطعه قيمته ، وهو رد لاعتراض الأذرعى (قوله وثم متوقف) هذا يدل على أن نقل الجملة لايحصل به القبض كما فى الشائع فليتأمل اه سم على حج . أقول : والظاهر خلاف هذا بل ينبغى الاكتفاء بذلك لحصول المبيع فى يد المشترى ، إلا أن يقال لما كان ممنوعا من التصرف فيه قبل قطعه لم ينظر إليه واشترط القطع لصحة القبض (قوله من الوجه الذى يراد) أى وهو الأكل (قوله ولا بعد الخ) فيه إشعار بأن المراد أنه شرط قطعه لكن لايجب الوفاء به حالا ، وسيأتى قول الشارح فلم يحتج للشرط فيه الدال على أن المراد أنه لاحاجة لاشتراط قطعه ، وقوله لمسامحة المشترى فيه إشارة إلى أن الزيادة للمشترى واعتذار عما يقال أى فائدة فى بقائه مع أن الزيادة للمشترى بأنه يسامح بها فليتأمل اه سم على حج . وحاصله أن ما أفهمه قوله ولا بعد فى تأخير الخ من عدم تكليف القطع مع اشتراطه مخالف لما أفهمه لمسامحة المشترى الخ من عدم اشتراط القطع . ويجاب بأن التنافى غير وارد عليه لأن مراده بماذكره رد مافهم من كلام الشيخ من اشتراط القطع ، ومن ثم عبر الشارح عنه هنا بقوله وأبعد بعضهم تعريضا بحج فيما ذكره : والحاصل أن ماذكره سم إنما يرد على حج لا على الشارح هذا وقوله ولا بعد جواب سؤال تقديره ما فائدة شرط القطع مع عدم تكليفه حالا وكيف جاز التأخير مع مخالفته للشرط (قوله وأبعد بعضهم) مراده حج ، ولعل وجه البعد أنه لو كانت العلة المسامحة لما احتيج فيه إلى شرط القطع ، وصريح كلام صاحب التتمة خلافه ، وهو أنه لابد من شرط القطع وإن لم يكلفه (قوله بالقصب) أى دون غيره من الثمرة والشجرة الظاهرتين

مع إغناء إحداهما عن الأخرى ، ولا يخفى مافى الحمل المذكور (قوله فكالقصب ونحوه) يقرأ ونحوه بالرفع عطفا على الكاف فى قوله فكالقصب عطف تفسير إذ هى بمعنى مثل ، وإلا فالمستثنى إنما هو خصوص القصب لاغير كما يعلم مما يأتى فى كلامه كغيره (قوله ورجح هذا) أى السبكى (قوله وفرق بينه) أى بين الكل على مارجحه فيه من عدم اعتبار الانتفاع (قوله وفرق الشيخ) أى بين ماهنا ومسئلة القوت فغرضه الرد على الأذرعى (قوله من الوجه الذى يراد للانتفاع به) يرد عليه نحو البرّ قبل انعقاده فإنه لاينتفع به من الوجه الذى أريد به فتأمل (قوله وأبعد بعضهم) مراده الشهاب حج فى تحفته . لكن عبارته : والذى يتجه لى فى تخصيص الاستثناء بالقصب أن سببه

قيمة له ولا تخاصم فيه فلم يحتج للشرط فيه لمسامحة المشترى بما يزيد قبل أوان قطعه ، بخلاف صغير غيره ينتفع به لنحو أكل الدواب فيقع فيه التخاصم فاحتيج للشرط فيه دفعا له (ولا يدخل) فى مطلق بيع الأرض كما فى المحرر وإن قال بحقوقها كما قاله القمولى وغيره بخلاف مافيها (ما يؤخذ دفعة) بضم أوله وفتحه واحدة (كالحنطة والشعير وسائر الزروع) كفجل وجزر وقطن خراسانى وثوم وبصل إذ لاتراد للدوام (ويصح بيع الأرض المزروعة) هذا الزرع الذى لايدخل كما قاله الشارح دونه بشرط سبق رؤيته لها ولم تمض مدة يغلب فيها تغيرها أو كان هو غير مانع من رؤيتها بأن أمكنت من خلاله كما قاله الأذرعى (على المذهب) كما لو باع دارا مشحونة بأمتعة . والطريق الثانى تخريجه على القولين فى بيع الدار المستأجرة لغير المكترى أحدهما البطلان ، وفرق الأول بأن يد المستأجر حائلة . أما الزرع الذى يدخل فلا يمنع الصحة جزما لأنه كله للمشترى فتقييد الشارح لأجل محل الخلاف ولقوله (وللمشترى الخيار إن جهله) أى الزرع الذى لايدخل لتأخر انتفاعه ، ولاينافى ذلك مامر من تصويره برؤيتها من خلاله لأنه هنا مصوّر بما لو جهل كونه باقيا إلى الشراء ، وإلا فكيف يتصور أنه رأى الزرع

(قوله وإن قال)هى غاية (قوله بخلاف مافيها) قال سم على حج : ظاهره أن المعنى بخلاف ما إذا قال بما فيها وأن صورة المسئلة أنه قال بعتك هذه الأرض بما فيها فيدخل ما يأخذ دفعة واحدة فلينظر ذلك مع قوله الآتى ولو باع أرضا مع بذر أو زرع لايفرد بالبيع الخ فإنه صرح فيه ببطلان البيع فى الجميع خلاف ما أفاده ماهنا من الصحة فإن المفهوم من الحكم بدخول شىء فى البيع صحة البيع وتناوله لذلك الشىء . نعم لامانع من الصحة والتناول فى نحو قصيل لم يسنبل وشعير إلا أنه لما عمم كالمتن أشكل الحال . وأما ماقد يقال من الفرق بين أن يقول بما فيها كما هنا وبين أن ينص على مافيها كأن يقول بعتك هذه الأرض وهذا الزرع الذى فيها ويحمل عليه ما يأتى فمن أبعد البعيد بل الكلام فى صحته اه . وقد يقال مراده أنه إذا قال بحقوقها لايدخل فى بيعها مايؤخذ دفعة ، بخلاف ما إذا قال بما فيها فإن لفظه شامل لما يؤخذ دفعة فينفصل فيه بين كونه كالبرّ فى سنبله فيفسد العقد وكونه كالقصيل فيصح بيعه ويجعل قوله فيما يأتى ولو باع أرضا الخ دليلا على هذا التفصيل (قوله وفتحه) قضيته أن الضم والفتح بمعنى المرة ، وعبارة المختار : والدفعة بالضم من المطر وغيره مثل الدفقة ، والدفعة بالفتح المرة الواحدة اه وفيه فى باب القاف : وجاء القوم دفقة واحدة بضم الدال : أى جاءوا بمرة واحدة (قوله كالحنطة والشعير) ومثل ذلك من الشجر بذره أو نواه ، فإذا طلع نقل إلى مكان آخر ويسمى الشتل فلا يدخل كما اعتمده مر اه سم على منهج (قوله وللمشترى الخيار) أى على الفور اه حج (قوله لتأخر انتفاعه) قال المحلى : فإن كان عالما بالزرع فلا خيار له اه . أقول : ظاهره سواء كان الزرع للمالك أو لغيره ، ويوجه بأنه اشتراها مسلوبة المنفعة ، ولو قيل بأن له الخيار إذا باع الزرع لغير المالك لم يكن

أن صغيره لاينتفع به بوجه مناسب لما قصد منه فلا قيمة له ولايخاصم فيه : إلى أن قال بخلاف صغير غيره ينتفع به لنحو أكل الدواب المناسب لما قصد منه فيقع فيه التخاصم الخ ، فالشارح أسقط من كلامه مقصود الفرق ولزم عليه حينئذ أنه مساو لما نسبه قبل لعامة الأصحاب بقوله قالوا ، لأنه إذا قطع قبل أوان قطعه تلف ولم يصلح لشىء (قوله فلم يحتج للشرط) يعلم منه أن الشهاب حج يخالف الشارح فيما مر له من أنه لابد من اشتراط قطعه حيث قال فلا يكلف قطعه : أى مع اشتراط قطعه (قوله ولا ينافى ذلك مامر من تصويره) أى صحة البيع ، ولك أن تقول لاحاجة إلى الجواب عن هذا الإشكال لأن الصحة ليست منحصرة فى هذا التصوير كما مر ، والصحة لاتلازم حالة الجهل وحق الإشكال أن يقال : وهل يتأتى الجهل مع تصوير الأذرعى ؟ فحينئذ يجاب عنه بما ذكر

وله الخيار . نعم لو تركه له البائع ولا يملكه إلا بتمليك أو قال أفرغها منه فى زمن لا أجرة له غالبا كيوم أو بعضه سقط خياره كما لو علم ولم يظهر مايقتضى تأخر الحصاد عن وقته المعتاد كما بحثه ابن الرفعة فإنه لايخير أيضا (ولا يمنع الزرع) المذكور (دخول الأرض فى يد المشترى وضمانه إذا حصلت التخلية فى الأصح) لوجود التسليم فى عين المبيع مع عدم تأتى التفريغ حالا وبه فارقت الدار المشحونة بالأمتعة . والثانى يمنع من قبضها كما تمنع الأمتعة المشحونة بها الدار من قبضها ، ورد بما مر ، وما زاده المصنف من ضمانه محتاج إليه إذ لايلزم ، من دخولها فى يده ضمانها فقد تدخل فى يده ، ولا يضمن كما لو أودعها البائع إياه أو كانت فى يده بنحو إجارة وإن زعم الأسنوى عدم الاحتياج له (والبذر) بإعجام الذال (كالزرع) فيما ذكر ويأتى فإن كان زرعه مما يدوم كنوى النخل دخل وإلا فلا ، ويأتى هنا مامر من الخيار وفروعه ومنها قوله (والأصح أنه لاأجرة للمشترى مدة بقاء الزرع) الذى جهله وأجاز كما لا أرش له فى الإجازة فى العيب اه ، قاله الشارح ، ولأنه بالإجازة رضى بتلف المنفعة تلك المدة فأشبه مالو باع دارا مشحونة بأمتعة فإنه لاأجرة لمدة التفريغ والثانى له الأجرة . قال فى البسيط : لأن المنافع متميزة عن المعقود عليه : أى فليست كالعيب ، أما لو كان عالما فلا أجرة له جزما . فتقييد الشارح

بعيدا لاختلاف الأغراض باختلاف الأشخاص والأحوال (قوله نعم لو تركه) لو لم يكن لفائدته وقع وعظم ضرره لطول مدة تفريغه أو كثرة أجرته فينبغى عدم سقوط الخيار بتركه اه سم على حج . وينبغى أن محل سقوط خياره بتركه مالم يتضرر المشترى بالزرع بأن كان يفوت عليه منفعة الأرض المرادة من الاستئجار له بأن كان مراده زرع شىء فيها لايتأتى زرعه حالا مع وجود الزرع الذى بها (قوله كما لو علم ولم يظهر الخ) أى فى أنه إن ظهر ثبت له الخيار (قوله وإن زعم الأسنوى) رد كلام الأسنوى واضح بالنظر لقوله فى يد المشترى ، أما مع النظر للسياق من أن المراد تدخل فى يده عن جهة البيع فالرد غير ظاهر ، لأنها متى دخلت فى يده عن جهة البيع دخلت فى ضمانه ، ثم رأيت فى سم على حج مايصرح به (قوله له) أى الضمان (قوله مدة بقاء الزرع) نعم لو شرط عليه القطع فأخر وجبت عليه الأجرة لتركه الوفاء الواجب اه شرح منهج ، والمراد وجوب الأجرة من وقت القبض (قوله إلى أوان الحصاد) لكن لو أراد عند أوانه دياس الحنطة مثلا فى مكانها لم يمكن إلا بالرضا اه سم على منهج أقول : فلو أخر بعد أوانه هل تلزمه الأجرة وإن لم يطالب أم لا يلزم إلا بعد الطلب ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن الظاهر أنه لايلزم بالقطع بعد دخول أوان الحصاد إلا بعد طلب المشترى ، وفرق بينه وبين مالو شرط القطع حيث لزمته فيه الأجرة مطلقا بوجود المخالفة للشرط فى تلك صريحا ولا كذلك هنا ، ويؤيد هذا الفرق ماقيل فيما لو استأجر مكانا مدة لحفظ متاع وفرغت المدة ولم يطالبه المؤجر بالمفتاح ولا بإخراج الأمتعة من أنه لاتلزم الأجرة لما مضى بعد فراغ المدة ، لكن يخالف هذا ما يأتى للشارح فى الفرع الآتى بعد قول المصنف وبشرط الإبقاء من قوله ولو أبقاها مدة مع شرط أحد ذينك : أى القطع أو القلع لم تلزمه الأجرة إلا أن يطالبه البائع بالمشروط فامتنع ، ثم رأيت فى حج هنا الجواب عن ذلك وعبارته : نعم إن شرط القطع فأخر لزمته الأجرة لتركه الوفاء الواجب عليه وظاهر كلامهم أنه لافرق فى وجوب الأجرة بين أن يطالب بالقطع الواجب وأن لا ، وينافيه مايأتى فى الشجرة

(قوله وإن زعم الأسنوى الخ) قد يقال هذا الجواب لايدفع زعم الأسنوى لأن الكلام هنا فى دخولها فى يده عن جهة البيع كما هو صريح قول المصنف إذا حصلت التخلية ، والأسنوى إنما اعترض العبارة ولم يعترض الحكم فى حد ذاته ، ثم رأيت الشهاب سم سبق إلى ذلك فى حواشى التحفة (قوله النهى) الأولى حذفه لأنه يوهم أنه من كلام

لأجل محل الخلاف . وظاهر أن الزرع يبقى إلى أوان الحصاد أو القلع وعند قلعه يلزم البائع تسوية الأرض وقطع ماضرّ بها كعروق الذرة . ولا أجرة عليه مدة تفريغ الأرض منه ولو بعد القبض . بخلاف ما سيأتى فى الأحجار خلافا لبعض المتأخرين لأنها تابعة لمدة بقائه (ولو باع أرضا مع بذر أو زرع) بها (لايفرد) أفرد ، لأن العطف بأو (بالبيع) عنها أى لايصح بيعه وحده والزرع الذى لايفرد بالبيع كبّر . لم ير كأن يكون فى سنبله ، أو كان مستورا بالأرض كالفجل والبذر الذى لايفرد بالبيع هو مالم يره ، أو تغير بعد رؤيته أو امتنع عليه أخذه كما هو الغالب (بطل) البيع (فى الجميع) جزما للجهل بأخذ المقصودين وتعذر التوزيع ، أما مايفرد كقصيل غير مسنبل أو فى سنبله ورآه كذرة وشعير وبذر رآه ولم يتغير وتمكن من أخذه فيصح جزما (وقيل فى الأرض قولان) أحدهما كالأول والثانى الصحة بجميع الثمن : نعم إن دخل فيها عند الإطلاق بأن كان دائم النبات صح البيع فى الكل وكان ذكره تأكيدا وفارق بيع الأمة وحملها بأنه غير متحقق الوجود ، بخلاف ماهنا فاغتفر فيه مالم يغتفر فى الحمل وقدم المصنف فى الكتاب البذر على صفة الزرع عكس المحرر لتعود الصفة إليه أيضا فيخرج بها ما روى قبل العقد ولم يتغير وقدر على أخذه فإنه يفرد بالبيع ولم ينبه فى الدقائق على ذلك (ويدخل فى بيع الأرض الحجارة المخلوقة) أو المثبتة (فيها) لكونها من أجزائها ثم إن قصدت الأرض لزرع أو غرس كانت عيبا يثبت الخيار به

أو الثمرة أو قبل بدوّ الصلاح المشروط قطعهما أنه لايجب إلا إن طولب بالمشروط فامتنع . وقد يفرق بأن المؤخر ثم المبيع وهنا عين أجنبية عنه ، والمبيع يتسامح فيه كثيرا بما لايتسامح فى غيره لمصلحة بقاء العقد بل ولغيرها . ألا ترى أن استعمال البائع له قبل القبض لا أجرة فيه وإن طلب منه قبضه فامتنع تعديا ولا كذلك غيره ، ثم رأيتنى أجبت أول الفصل الآتى بما يوافق ذلك اهـ (قوله الحصاد) بكسر الحاء وفتحها ، وبهما قرئ قوله تعالى - يوم حصاده - (قوله ماضرّ بها) كان الأولى أن يقول ماضرّها أو ما أضرّ بها لأن الفعل من هذه المادة إن كان مجردا تعدى بنفسه أو مزيدا فيه الهمزة تعدى بحرف الجرّ (قوله ولا أجرة عليه) أى البائع (قوله منه) أى الزرع (قوله لأن العطف بأو) بينا فى بعض المواضع عن ابن هشام أن أو التى يفرد بعدها هى التى للشك ونحوه دون التى للتنويع أى وما هنا منه فإنها بمنزلة الواو اهـ سم على حج ، فلا يتم توجيه الإفراد بما ذكر (قوله أو امتنع) أى تعذر (قوله كقصيل) اسم للزرع الصغير وهو بالقاف (قوله وتمكن من أخذه) أى ولو بعسر (قوله دائم النبات) كنوى النخل (قوله صح البيع فى الكل) فرضه كشرح المنهج فى دخول البذر والزرع وإن لم يره المشترى ، وبقى مالو كان بالأرض بناء أو شجر ولم يره المشترى فهل يغتفر عدم الرؤية فيه لكونه تابعا أو لابد من رؤيته لأنه مبيع ولا يخرج عن كونه مبيعا بكونه تابعا . فيه نظر ، ومقتضى ماذكره الشارح من عدم اشتراط رؤية البذر لكونه تابعا جريانه فى الشجر ونحوه فلا يشترط لصحة العقد هنا رؤيته لكونه ليس مقصودا بالعقد وإنما دخل تبعا ، وقد يفرق بأن روية البذر قد تتعذر لاختلاطه بالطين وتغيره غالبا بخلاف الشجر والبناء (قوله وفارق) أى ماذكر من الصحة مع ذكر الزرع الذى يدخل عند الإطلاق (قوله وحملها بأنه) أى الحمل (قوله وقدم المصنف) أى فقال ولو باع أرضا مع زرع لايفرد بالبيع أو بذر (قوله لتعود الصفة إليه أيضا) أى على الوجه المتبادر منه فى الاستعمال فلا يرد أن القيد سواء تقدم أو تأخر أو توسط يعود على الجميع (قوله أو المثبتة) أى بالبناء أو نحوه كأن يحفر فيها مواضع ويثبت الحجارة ثبات الأوتاد (قوله أو غرس) أى أو بناء وكانت الحجارة تضر كمنعها من حفر الأس

الشارح (قوله أو امتنع عليه أخذه) عبارة التحفة أو تعذر عليه أخذه (قوله للجهل بأحد المقصودين) أى أو عدم

(دون المدفونة) من غير إثبات كالكنوز فلا تدخل فيها (ولا خيار للمشترى إن علم) الحال ولو ضر قلعها كسائر العيوب نعم لو جهل ضرر قلعها دون ضرر تركها أو عكسه أو كان لقلعها مدة لمثلها أجرة تخير ، وعبارتهما مخرجة للعكس فإنهما قيدا بضرر القلع ، واستدركه النشائى والأسنوى عليهما بأن مقتضى كلامهما عدم ثبوت الخيار فيه ومقتضى كلام غيرهما ثبوته لأنه قد يطمع فى أن البائع يتركها ، والأوجه ما اقتضاه كلامهما إذ لا يصلح طمعه فى تركها علة لثبوت الخيار ولا يقاس بثبوته فيما لو ضر (ويلزم البائع) إن لم يتخير المشترى أو اختار القلع (النقل) وله النقل إن لم يرض به المشترى ويجبره المشترى عليه وإن وهبها له تفريغا لملكه وفارق الزرع بأن له أمدا ينتظر ويلزمه تسوية حفر الأرض الحاصلة بالقلع . قال فى المطالب بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة مكانه :

(قوله دون المدفونة) قال سم على منهج : فرع : باع أرضا وجد فيها حجارة واختلفا بعد قلع المشترى مثلا لها وادعى البائع أنها كانت مدفونة فهى له والمشترى أنها كانت مثبتة فهى له فمن المصدق ؟ وقد يقال المصدق البائع لأنها كانت ملكه والأصل بقاء ملكه عليها ، وقد يقال يتحالفان لأن اختلافهما يرجع إلى الاختلاف فى قدر المبيع هل هو الأرض وحدها أو مع الأحجار وإن كان المشترى موافقا للبائع على أنه لم تصدر منه إضافة البيع إلا إلى الأرض وأنه لم يتعرض لمبيع الأحجار ، وقد يقال يصدق البائع لأن المشترى يدعى حدوثها والأصل عدمه ، لكن هذا واضح إن ادعى المشترى أنها كانت مخلوقة فيها ، ثم رأيت فى العباب ما نصه : ويصدق البائع بيمينه أنه يعنى البيع بعد التأبير اه . وهو يدل على أنه فى مسئلتنا يصدق البائع بيمينه ، لأن تنازع البائع مع المشترى فى أن البيع بعد التأبير أو قبله تنازع فى قدر المبيع هل هو النخل مع الثمرة أو النخل وحدة ومع ذلك كان المصدق البائع فكذا فى مسئلتنا فليتأمل . أقول : وقد يقال الأقرب التحالف كما تقدم فى كلامه (قوله : أو عكسه) ضعيف (قوله وعبارتهما) أى الشيخين (قوله النشائى) نسبة لبيع النشاء ، قال فى اللب : النشائى بالفتح إلى النشاء المعروف ، ونشاء قرية بريف مصر اه . وفى المصباح : والنشا وزان الحصى الريح الطيبة ، والنشاء مايعمل من الحنطة . قال بعضهم : ومما يوجد ممدودا والعامة تقصره النشاء مثل سلام ، وفى كلام بعضهم مايقتضى أنه مقصور فإنه قال ليس بعربى ، فإن صح أن العرب تكلموا به فحمله على المقصور أولى لأنه لا زيادة فيه (قوله والأوجه ما اقتضاه كلامهما) أى من عدم ثبوت الخيار فى صورة العكس (قوله أو اختار القلع) أى بأن رضى بها مع كونها مشتملة على الحجارة لكن طلب من البائع القلع (قوله ولا يقاس بثبوته) أى الخيار (قوله وإن وهبها) أى الحجارة يفيد أنه لا يلزمه القبول اه سم (قوله وفارق) أى الإجبار (قوله بأن يعيد التراب) فلو تلف فعليه الإتيان بمثله مر اه

قدرة تسلمه فى مسئلة البذر الذى رآه ولم يتغير (قوله أو كان لقلعها مدة لمثلها أجرة) اعلم أن حاصل ما فى هذا المقام أن الشيخين صرحا بثبوت الخيار فيما إذا جهل ضرر القلع وسكتا عما إذا جهل ضرر الترك فاقتضى ظاهر صنيعهما أنه لا خيار فيه واقتضى كلام غيرهما ثبوت الخيار فيه أيضا مطلقا ، وقيده المتولى فى التتمة بما إذا كان ذلك الضرر لا يزول بالقلع أو كان يزول به لكن يستغرق القلع مدة تقابل بأجرة ، واختار هذا التقييد شيخ الإسلام فى شرح الروض ، وعبارته عقب قول الروض ثم إن كان عالما فلا خيار له نصها : وإن ضر قلعها نعم إن جهل ضررها وكان لا يزول بالقطع أو كان يتعطل به مدة لمثلها أجرة فله الخيار ، وصرح به المتولى ، ثم قال عقب قول الروض وإن كان الترك والقلع مضرين فللمشترى الخيار الخ مانصه : وشمل كلامه فيه مالو جهل ضرر قلعها دون ضرر تركها وعكسه ، وعبارة الشيخين مخرجة للعكس إلى آخر ماذكره الشارح هنا ، فكأن الشارح توهم أن قوله أو كان لقلعها مدة الخ ليس من جملة القيد فتصرف فى العبارة بما تراه فلم تصح . وعبارة التحفة : نعم إن جهل ضرر

أى ولو لم يسوّها لبعد إيجاب عين لم تدخل فى البيع ، ولا أجرة عليه لمدة ذلك وإن طالت وكانت بعض القبض (وكذا) لاخيار للمشترى (إن جهلها (ولم يضره قلعها) بأن قصرت مدته ولم تتعيب به سواء أضره تركها أم لا لزوال ضرره بالقلع (وإن ضر) قلعها بأن نقصها ولو طال زمنه مع التسوية مدة لمثلها أجرة (فله الخيار) ضر تركها أولا دفعا لضرره . نعم لو رضى بتركها له ولا ضرر فيه سقط خياره ، وهو أعراض لاتمليك إن لم تتوفر فيه شروط الهبة فله الرجوع فيها ، ويعود خيار المشترى ولا يسقط خياره بقول البائع أنا أغرم لك الأجرة والأرش للمنة . لايقال : فى الترك منة ولا يلزمه تحملها، لأنا نقول : المنة فيها حصلت بما هو متصل بالمبيع يشبه جزءه بخلافها فى تلك (فإن أجاز) العقد (لزم البائع النقل) تفريغا لملك المشترى (وتسوية الأرض) كما مر (وفى وجوب أجرة المثل لمدة النقل) إذا خير المشترى (أوجه أصحها) أنها (تجب إن نقل بعد القبض) لأنه فوّت على المشترى المنفعة فى تلك المدة (لا قبله) إذ جنايته قبله كالآفة كما مر . ومن ثم لو باعها لأجنبى لزمته الأجرة مطلقا كما هو أصح احتمالين فى كلام البلقينى لأن جنايته مضمونة مطلقا ، وكلزوم الأجرة لزوم أرش عيب بقى فيها بعد التسوية

سم على منهج ، والكلام فى التراب الطاهر أما النجس كالرماد النجس والسرجين فلا يلزمه مثله لأنه ليس مالا (قوله ولو لم يسوّها) أى التراب المعاد إليها (قوله لمدة ذلك) أى التسوية وإعادة التراب (قوله ولا ضرر فيه) أفهم أنه إذا كان فيه ضرر لايسقط خياره وهو ظاهر (قوله وهو أعراض لاتمليك) تقدم مثله فى الزرع حيث قال : ولا يملكه إلا بتمليك الخ . وسبقه إليه فيهما حج هنا ، لكن قال سم عليه مانصه : قوله وهو أعراض قال فى شرح الإرشاد الصغير : ويظهر فى ترك الزرع أنه تمليك لأنه تابع لايفرد بعقد وعينه زائلة غير باقية بخلاف نحو الحجارة فيهما اهـ . وهل يحتاج فى ملكه إلى إيجاب وقبول بشرطهما ؟ فيه نظر . وظاهر إطلاقهم عدم اشتراط ذلك اهـ . أقول : بل ظاهر قولهم التمليك أنه لابد من اللفظ ، وكتب أيضا قوله وهو أعراض : أى فيتصرف فيه كالضيف فينتفع به بوجوه الانتفاعات كأكله الطعام وإطعامه لأهل بيته ونحوهم وبناؤه بالحجارة ، ولا يتصرف فيه ببيع ولا هبة ولا نحوهما ، ونقل مثله عن حواشى شرح الروض لوالد الشارح (قوله ولا يسقط خياره) أى فله الفسخ ، ولا يجبر على موافقة البائع ، وقضية ذلك أنه لو وافقه على أخذ الأجرة أو الأرش لم يمتنع ، وعليه فقد يشكل جواز أخذ الأرش بما سبق من امتناع أخذه إذا ظهر بالمبيع عيب قديم وأراد البائع دفع الأرش وإسقاط خيار المشترى إلا أن يخص ماهنا بما لو جهل بأن موافقته تسقط الخيار فيعذر فى ذلك ولا يسقط خياره (قوله إذا خير المشترى) مفهومه أنه إذا كان عالما لا أجرة له ، والقياس وجوبها مطلقا لأن تفريغها بعد القبض تصرف فى يد غيره (قوله ومن ثم لو باعها) أى الحجارة (قوله لزمته) أى الأجنبى (قوله مطلقا) قبل القبض أو بعده (قوله لأن جنايته) أى الأجنبى (قوله وكلزوم الأجرة الخ) قضية هذا التشبيه أنه إن حصل من التسوية قبل القبض لايجب على البائع

قلعها أو ضرر تركها ولم يزل بالقلع أو كان لنقلها مدة لها أجرة تخير كما قالاه فى الأولى والمتولى فى الثانية ، إلى أن قال : وبه يقيد مااقتضاه كلامهما أنه لو جهل ضرر تركها دون ضرر قلعها لم يتخير انتهت (قوله نعم لو رضى بتركها له ولا ضرر فيه) قضيته أنه لوكان الترك مضرا : أى وجهله أن له الخيار فينافى مامر له استيجاهه . (قوله لأنا نقول المنة فيها) يعنى الحجارة (قوله إن نقل بعد القبض) أى ولا يمنع وجودها صحة القبض لصحته فى المحل الخالى منها كالأمتعة إذا كانت ببعض الدار المبيعة (قوله ومن ثم لو باعها) أى الحجارة

والثانى تجب مطلقا بناء على أنه يضمن جنايته قبل القبض ، والثالث لا تجب مطلقا لأن إجازة المشترى رضا بتلف المنفعة مدة النقل (و) يدخل (فى بيع البستان) هو فارسى معرب وجمعه بساتين ويعبر عنه بالعجمية بالباغ (الأرض والشجر) وكل ماله أصل ثابت من الزرع لا نحو غصن يابس وشجرة وعروق يابسين (والحيطان) لدخولها فى مسماه بل لا يسمى بستانا بدونها كما قاله الرافعى وغيره ، وكذا الجدار المنهدم لإمكان البناء عليه ، وتدخل أيضا عريشة أعدت لوضع قضبان العنب عليها كما صرح به الرافعى فى الشرح الصغير ، وجرى عليه ابن المقرى فى روضه (وكذا البناء) الذى فيه يدخل (على المذهب) لثباته وقيل لا ، وقيل فيه قولان وهى الطرق المتقدمة فى دخوله فى بيع الأرض ، ولو قال بعتك هذه الدار البستان دخلت الأبنية والأشجار جميعا ، أو هذه الحائط البستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من شجر وبناء (و) يدخل (فى بيع القرية الأبنية) عند الإطلاق لتبعها لها (وساحات يحيط بها السور) بخلاف الخارجة عنه ، ويدخل نفس السور لدخوله تحت اسمها كما صرح به السبكى (لا المزارع) والأشجار الخارجة عنه فلا تدخل (على الصحيح) لخروجها عن مسماها وما لا سور لها يدخل ما كان مختلطا ببنائها من مساكن وأبنية ، ولا تدخل الأبنية الخارجة عن السور المتصلة به كما اقتضاه كلامهما

أو بعده وجب ، لكن قضية قول سم على حج فيما نقله عن شرح الروض من قوله وظاهر أنه لا أرش له أيضا عدم الفرق بين كونه قبل القبض أو بعده (قوله ويدخل فى بيع البستان الخ) قد يخرج الرهن وهو ممنوع ، فإن الحق وفاقا لمر أنه يدخل فى رهن البستان والقرية مافيهما من بناء وشجر خلافا لما يوهمه كلام شرح البهجة اهـ سم على منهج : وقضية تعليلهم دخول البناء والشجر فى رهن البستان والقرية والدار أنها من مسماها عدم دخول المنفصل الذى يتوقف عليه نفع المتصل كما فى عدم دخول البناء والشجر فى رهن الأرض على ماتقدم فى كلامه وليس مرادا (قوله وكل ماله أصل ثابت) انظر ما المراد بالزرع الذى إذا كان أصله ثابتا يدخل ، وقد تقدم فى بيع الأرض أن ما يجز مرة بعد أخرى تدخل أصوله فى البيع وما يؤخذ دفعة واحدة لا يدخل : فقياسه أن يقال هنا كذلك : وعليه فلم يظهر لهذا التقييد وجه اللهم إلا أن يقال مراده دخول الأصول من الزرع الذى يجز مرة بعد أخرى فيوافق مامر (قوله نحو غصن يابس) وغصن خلاف حج (قوله لدخولها فى مسماه) وفائدة ذكر هذا الحكم هنا مع كون الكلام فيما يستتبع غير مسماه التنبيه على تفصيل ذلك المسمى والتوطئة لبيان أن المنفصل عنها إذا توقف عليه نفع المتصل كمفتاح الغلق وصندوق الطاحون وآلات الساقية يدخل فى كل من القرية والدار والبستان وإن لم يكن من مسماها (قوله أعدت) أى وإن لم توضع عليها بالفعل (قوله وكذا البناء) ويدخل فى بيعه أيضا الآبار والسواقى المثبتة عليها بخلاف البئر لا يدخل فيه ساقيتها وهو الخشب الآلات وإن أنبتت وثبتت (قوله البستان) أى بإبدال البستان (قوله لتبعها) فى التعليل به مسامحة لأن القرية هى الأبنية المجتمعة ، فالبناء من مسماها لا تابع له (قوله بخلاف الخارجة) خلافا لحج (قوله كما اقتضاه كلامهما) قال سم على حج : وكلام شرح الروض كالصريح فى عدم الدخول فتأمله ، لكن إن شمل قوله ويدخل أيضا حريم القرية مالها سور لم يشكل بعدم دخول الأبنية المتصلة بالسور وإن كانت قبل الحريم لأنه تابع للقرية دونها فغايته أنه قرية أخرى بجانب تلك وهى لا يمتنع

(قوله عند الإطلاق) الأولى تقديمه على قول المصنف الأبنية ، وكذا يقال فيما سيأتى له عند قول المصنف وفى بيع الدار الأرض

وإن نظر فيه الأسنوى ، وصرح الرافعى بدخول حريم الدار فى بيعها فيأتى مثله هنا ، ومثل القرية فيما مر الدسكرة ، وتقال لقصر حوله بيوت وللقرية والأرض المستوية وللصومعة ولبيوت الأعاجم يكون فيها الشراب والملاهى ، وشمل ما صرح به المصنف من عدم دخول المزارع ونحوها ما لو قال بحقوقها لعدم اقتضاء العرف دخولها ، ولهذا لايحنث من حلف لايدخل القرية بدخولها والثانى تدخل والثالث إن قال بحقوقها دخلت وإلا فلا ، ولو باع أرضا مسمدة انقطع حق البائع منه باستعماله ، بخلاف ما لو لم يبسط بها أو بسط ولم يستعمل فإن البائع أحق به كما فى الجواهر ، وتنظير بعضهم فى اشتراط استعماله ودعواه الاكتفاء ببسطه يرد بأن مجرد بسطه يحتمل أنه لتجفيفه فلم ينقطع حق البائع منه إلا باستعماله (و) يدخل (فى بيع الدار الأرض) عند الإطلاق بالإجماع إن كانت مملوكة للبائع وإلا كمحتكرة وموقوفة فلا تدخل لكن يتخير المشترى إن كان جاهلا بذلك (وكل بناء) من علو أو سفل ولو من نحو سعف وشجر رطب فيها ويابس قصد دوامه كجعله دعامة بها مثلا لدخوله فى مسماها ، وتدخل الأجنحة والرواشن والدرج والمراقى المعقودة والسقف والآجر والبلاط المفروش الثابت بها ، وصرح بعضهم أخذا مما مر من التعليل بدخول بيوت فيها وإن كان لها أبواب خارج بابها لايدخل إليها إلا منها وخالفه غيره ، والأوجه أن تلك البيوت إن عدها أهل العرف من أجزائها المشتملة عليها دخلت لدخولها حينئذ فى مسماها حقيقة وإلا فلا ،

استتباعها لحريمها . نعم قد يقال الحريم حينئذ مشترك بينهما اه (قوله وإن نظر فيه الأسنوى) جرى ابن حج على ماقاله الأسنوى (قوله فيأتى مثله هنا) أى فيدخل حريم القرية ولكون الملحظ هنا مايشمله الاسم وعدمه وفى القصر محل الإقامة المؤبدة وعدمه افترقا اه حج . وكتب عليه سم : قد يمنع أن اسم القرية يتناول نحو مرتكض الخيل ومناخ الإبل والمحتطب من الحريم فليراجع اه . أقول : ثم ماذكر من الفرق مبنى على أنه لايشترط لجواز القصر مجاوزة حريم القرية ، وفيه كلام فى باب القصر فليراجع . وحاصله أنه لايشترط مجاوزة حريم القرية خلافا للأذرعى : أى فيحتاج للفرق بينهما (قوله وتقال) أى الدسكرة (قوله وللصومعة) أى معبد اليهود (قوله يكون فيها) أى حال كونها يكون فيها الخ ، ولعله إنما قيد ببيوت الأعاجم لأن البيوت بهذه الصفة لم تكن معروفة للعرب (قوله بدخولها) أى المزارع (قوله مسمدة) أى مجعولا فيها السماد وهو بفتح السين سرجين ورماد اه مختار . ومثله فى المصباح ، وفى حج بكسر السين (قوله باستعماله) أى استعمال البائع إياه قبل البيع بجعله فيها مبسوطا على المعتاد من الانتفاع به فى الأرض (قوله إن كانت مملوكة للبائع) قال الزيادى حتى تخومها للأرض السابعة اه وفى الشامى فى سيرته فى غزوة مؤتة مانصه التخوم بضم الفوقية وبالخاء المعجمة جمع تخمة بفتح الفوقية وسكون الخاء الحد الذى يكون بين أرض وأرض ، وقال ابن الأعرابى وابن السكيت : الواحد تخوم كرسول ورسل . وعبارة المختار : التخم بالفتح منتهى كل قرية أو أرض وجمعه تخوم كفلس وفلوس ، وقال الفراء : تخوم الأرض حدودها ، وقال أبو عمرو : هى تخوم الأرض والجمع تخم مثل صبور وصبر والتخمة أصلها الواو فتذكر فى وخم اه (قوله وإلا فمحتكرة) وهى ساحات يؤذن فى البناء فيها بدراهم معينة فى كل سنة من غير تقدير مدة ويغتفر الجهل بذلك للحاجة (قوله إن كان جاهلا بذلك) أى فإن أجاز فبجميع الثمن على مانقله سم على منهج عن الشارح كحج أنه قال : إنه الأقرب اه ، وعبارته فى أثناء كلام ، وقال شيخنا فى شرح الإرشاد إن الأقرب حمل الإطلاق على الأبنية بجميع الثمن ومال إليه مر اه . أقول : وقياس ماتقدم فى تفريق الصفقة التقسيط هنا (قوله وشجر رطب) عطف على بناء (قوله والرواشن) وإن كانت أطرافها خارجة عنها ولم توضع على جدار لغير الدار

(قوله انقطع حق البائع منه باستعماله) أى استعمال البائع إياه كما فهمه سم

ويدخل أيضا ساباط جذوعه من الطرفين على حائلها لا أحدهما فقط فيما يظهر من ثلاثة أوجه ، ولو باع علوّا على سقف له فهل يدخل السقف لأنه موضع القرار كأرض الدار أو لا يدخل ولكنه يستحق الانتفاع به على العادة لأن نسبته إلى السفل أظهر منها للعلوّ ؟ الأوجه الثانى كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما أفتى به الجلال البلقينى ، وفصل بعضهم بين سقف على طريق فيدخل لأنه لا يمكنه الانتفاع به هنا فقويت التبعية فيه ، وسقف على بعض دار البائع : أى أو غيره فلا يدخل إذ لا مقتضى للتبعية هنا (حتى حمامها) المثبت فيها يدخل فى بيعها لأنه من مرافقها دون المنقول لكونه من نحو خشب ، وبما قدرناه من الخبر سقط الاعتراض عن المصنف لأن الأحسن أن حتى ابتدائية لا عاطفة لأن عطف الخاص على العام إنما يكون بالواو كما ذكره ابن مالك ، ويصح جعله مغايرا بأن يراد بالحمام مايشمل الخشب المسمر الذى لايسمى بناء فيكون العطف صحيحا ، وحملوا قول الشافعى لايدخل الحمام على حمامات الحجاز المنقولة (لا المنقول كالدلو والبكرة) بفتح الكاف وسكونها وهو الأشهر مفرد بكر بفتحها (والسرير) والدرج والرفوف التى لم تستمر لخروجها عن اسمها (وتدخل الأبواب المنصوبة) دون المقلوعة

المذكورة (قوله لا أحدهما فقط) أى فلا يدخل فى البيع فقط بل هو باق على ملك البائع وإن قال بحقوقها ، بل هو بهذه الصفة كطبقة متصلة بها فينتفع به ويتوصل إليه من الممر الذى كان يتوصل منه إليه قبل بيع الدار وكأنه استثنى حق المرور إليه من الدار . وصورة المسئلة أن الطرف الثانى على جدار لغير الدار المبيعة لأن نسبته لأحد الدارين ليس بأولى من نسبته للأخرى(قوله والأوجه الثانى) وتظهر فائدته فيما لو انهدم فإنه بعد انهدامه يأخذه البائع ولا يكلف إعادته ، وفيما لو تولد ضرر من صاحب العلو لصاحب السفل ولو بإعادة مثل البناء الأول فقط من غير زيادة عليه فإنه يضمنه (قوله يدخل) خبر حمامها (قوله وبما قدرناه) من قوله يدخل (قوله سقط الاعتراض) عبارة حج : وقدرت الخبر لأن الأحسن أن حتى ابتدائية لاعاطفة الخ ، وهى أولى مما ذكره الشارح من أن تقدير الخبر مسقط للاعتراض الذى أورد على المتن من أنها عاطفة ، وذلك لأن تقديره يصير مدخول حتى جملة فتكون حتى ابتدائية لا عاطفة كما فهمها المعترض وبها ساوت عبارة الشارح عبارة حج (قوله لأن الأحسن) تعبيره بأحسن يقتضى صحة العطف وينافيه تعليله وما بعده فتأمله اه سم على حج ، ولعل وجه التأمل الإشارة إلى أنه يمكن مغايرته للمعطوف عليه بحمل البناء على ماكان باللبنات ونحوها ، وحمل الحمام على ماكان من خشب بقرينة قوله المثبت إلا أن هذا يبعده قوله ويصح جعله الخ الظاهر فى أن الأول من بناء (قوله المنقول) قال فى العباب : وهل يخير المشترى إن جهل كونها : أى المذكورات فى الأمثلة فى الدار واحتاج نقلها مدة لمثلها أجرة وجهان : قال الشارح فى شرحه : وقياس مامر فى الأحجار المدفونة أنه يخير اه سم على حج (قوله وتدخل الأبواب المنصوبة) ومثلها المخلوعة وهى باقية بمحلها ، أما لو نقلت من محلها فهى كالمقلوعة فلا تدخل

(قوله وفصل بعضهم بين سقف على طريق فيدخل) الظاهر أن والد الشارح لايخالف فى هذا كما يدل عليه تعليله بقوله لأن نسبته إلى السفل أظهر منها للعلو ، إذ هذا ليس منسوبا للسفل أصلا فيكون كلامه مفروضا فى غير هذه الصورة وينبغى أن يقال فيها إن كان قصد البائع من بناء السقف المذكور بالأصالة جعله سقفا للطريق ثم بنى عليه بطريق العرض فلا يدخل ، وإن كان قصده من بنائه ليس إلا البناء عليه فيدخل فتأمل (قوله لأن الأحسن الخ) عبارة التحفة : وقدرت الخبر لأن الأحسن أن حتى ابتدائية لا عاطفة لأن عطف الخاص على العام الخ وللشهاب سم فى هذا منازعة تطلب من حاشيته (قوله مايشمل الخشب المسمر) أى من كل ما هو غير بناء لتتأتى المغايرة ، فليس المراد مايشمل الخشب والبناء مثلا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(وخلقها) بفتح الحاء والإجانات المثبتة كما فى المحرر وهى بكسر الهمزة وتشديد الجيم مايغسل فيه (والرف والسلم) بفتح اللام (المسمران وكذا الأسفل من حجرى الرحا) إن كان مثبتا فيدخل (على الصحيح) لأن الجميع معدود من أجزائها لاتصالها بها ، والثانى لاتدخل لأنه منقول ، وإنما أثبت لسهولة الارتفاق به كى لايتزعزع عند الاستعمال ، وفى معنى ماذكر كل منفصل توقف عليه نفع متصل كغطاء التنور وصندوق الطاحون والبئر ودرايب الدكان وآلات السفينة . لايقال : لم لم يقيدوا ألواح الدكاكين بالمنصوبة كما فعلوا فى باب الدار ؟ لأنا نقول : العادة جارية فى انفصال ألواحها بخلاف باب الدار . ونقل الدميرى عن مشايخ عصره دخول مكتوبها مالم يكن للبائع فيه بقية حق . ثم رده بأن المنقول عدم لزوم البائع تسليمه لأنه ملكه وحجته عند الدرك (والأعلى) منهما (ومفتاح غلق) بفتح اللام (مثبت) فيدخلان (فى الأصح) لأنهما تابعان لمثبت ، وخرج بالمثبت الأقفال المنقولة فلا تدخل هى ومفاتيحها ولا يدخل ماء بئر الدار إلا بالنص ومن ثم وجب شرط دخوله لئلا يختلط بماء

(قوله وآلات السفينة) وقع السؤال فى الدرس عما لو باع مدق بن وأطلق هل تدخل العمد الحديد التى يدق بها قياسا على ماذكر أم لا ؟ فيه نظر ، وأجبت عنه بأن الظاهر الثانى لأن آلات السفينة ونحوها تدخل فى مسماها عرفا وإن لم تكن من أجزائها بخلاف العمد المذكورة فإنها ليست من مسمى المدق ، على أن الانتفاع به لايتوقف على خصوص هذه ولا على ماهو على شكلها وصورتها بخلاف الآلات المذكورة : أى فيكون باقيا على ملك البائع لأن كمال الانتفاع بمحالها يتوقف عرفا على ماهو على صورها الخاصة بحيث لايقوم غيره مقامه ، فإن أراد دخول العمد نص عليها : (قوله كما فعلوا فى باب الدار) بحث بعضهم فى دار مشتملة على دهليز به مخزنان شرقى وغربى باع مالكها الشرقى أولا وأطلق دخل فيه الجدار الذى بينه وبين الدهليز أو الدهليز أولا دخل ذلك الجدار وجدار الغربى أيضا أوهما : أى المخزنان والدهليز معا لرجلين . وقيل كل مابيع منه بطلا لاستحالة وقوع الجميع ما أوجب لكل فلم يتوافق الإيجاب والقبول ، وفيما ذكره آخرا نظر إذ تفريق الصفقة لم يتوافقا فيه إلا لفظا وصح فى الحل بقسطه فكذا هنا ، وحينئذ فالذى يتجه صحته لكل منهما فيما عدا ذلك الجدار : أى فيكون باقيا على ملك البائع تفريقا للصفقة فيه لتعذر وقوعه لأحدهما اهـ حج (قوله فى انفصال الخ) الأولى بانفصالها (قوله ثم رده) هو المعتمد (قوله عدم لزوم البائع) ومثل ذلك حجج الوظائف فلا يلزمه تسليمها للمفروغ له (قوله فيدخلان) أى الأعلى ومفتاح غلق (قوله ولا يدخل ماء بئر) ومثله الصهاريج فإن نص عليها دخلت وإلا فهى للبائع لانتفاء العلة المذكورة ، ولا يبطل البيع لعدم ذكر الماء لانتفاء العلة وهى اختلاط الماء الحادث بالموجود (قوله إلا بالنص) أى فلو لم ينص على ذلك بطل البيع فى الجميع وهذا يقع كثيرا فتنبه له (قوله ومن ثم وجب) عبارة العباب : ولا المعدن الظاهر ولا ماء البئر المقارن للعقد حتى يشترط دخوله : أى الماء والمعدن مع معرفته ، قال

(قوله وفى معنى ماذكر كل منفصل توقف عليه نفع متصل) هذا محله بعد قول المصنف والأعلى ومفتاح غلق مثبت فى الأصح (قوله لأنهما تابعان لمثبت) أى مع كونهما لايستعملان فى غيره إلا بتوقيع جديد ومعالجة مستأنفة ، فلا يرد نحو الدلو والبكرة مما تقدم ، وبهذا يعلم الجواب عما وقع السؤال عنه فى درس الشيخ كما فى حاشيته من أنه إذا باع مدق البن هل تدخل اليد التى يدق بها أو لا ، وهو أنها لاتدخل لأنها كما تستعمل فيه تستعمل فى غيره من غير علاج وتوقيع فهى كالبكرة ، وهذا المأخذ أولى مما سلكه الشيخ فى الحاشية كما لايخفى

المشترى فيقع تنازع لاغاية له كما مر . نعم ذكر فى الأنوار عن المتولى أنه لو كان الماء فى البلد بحيث لو قصد واحد أن يستقى من بئر غيره لايمنع فلا يجعل للماء حكما ويدخل فى البيع تبعا ، وعلى هذا نزل قولهم لو باع دارا بدار فيهما بئران صح البيع لكن إطلاقهم يخالفه ، ومقابل الأصح لايدخلان نظرا إلى أنهما منقولان ، والخلاف فى الأعلى مبنى على دخول الأسفل ، صرّح به فى الشرح الصغير والمحرر وأسقطه من الروضة كالمنهاج . قيل وأسقط منه تقييد الإجانات بالمثبتة وحكاية وجه فيها وفى المسئلتين بعدها ، ولفظ المحرر : وكذا الإجانات والرفوف المثبتة والسلالم المسمرة والتحتانى من حجرى الرحا على أصح الوجهين ، وفهم المصنف أن التقييد وحكاية الخلاف لما ولياه فقط ، كذا قاله الشارح ، ومحصل كلامه حكاية الاعتراض على المصنف بأنه حذف من أصله تقييد الإجانات بالمثبتة ، وحكاية الخلاف فى الإجانات والرفوف المثبتة والسلالم المسمرة . وأجاب عنه الشارح بأنه فهم منه أن قوله المثبتة قيد لما وليته فقط وهو الرفوف وأن الخلاف فيما وليه فقط وهو التحتانى من حجرى الرحا ، والضمير فى فيها وفيما بعدها عائد على الإجانات ، وضمير التثنية فى ولياه عائد على التقييد وحكاية الخلاف وضمير المفعول فيه عائد على ما الداخلة عليها لام الجر (و) يدخل (فى بيع الدابة نعلها) وبرتها لاتصالهما بها مالم يكونا من نقد لعدم المسامحة حينئذ بهما ، ولا يدخل فى بيعها عذارها ومقودها ولجامها وسرجها اقتصارا على مقتضى اللفظ (وكذا) تدخل (ثياب العبد) فى بيعه : يعنى القن التى عليه حالة البيع (فى الأصح) للعرف (قلت : الأصح لاتدخل ثياب العبد) فى بيعه ولو ساتر عورته (والله أعلم) اقتصار على مقتضى اللفظ ، ولا يدخل القرط الذى فى أذنه ، ولا الخاتم الذى فى يده ولا نعله قطعا ،

فى شرحه : أى كل من العاقدين بالعرض والعمق اه سم على حج (قوله لكن إطلاقهم) هذا هو المعتمد (قوله يخالفه) أى فلا بد من النص على دخول الماء مطلقا ويصح بيع إحدى الدارين بالأخرى مطلقا سواء كان للماء قيمة أم لا (قوله والضمير فى فيها) أى فى قوله وحكاية وجه فيها الخ (قوله وضمير المفعول فيه) أى فى ولياه (قوله نعلها) أى المسمر كما قاله السبكى وغيره ، وهل شرطه كون الدابة من الدوابّ التى تنعل عادة كالخيل والبغال والحمير بخلاف غيرها كالبقر أولا فرق ؟ فيه نظر ، وظاهر عباراتهم أنه لافرق سم على حج وما نسبه إلى ظاهر عباراتهم هو مقتضى قوله لاتصالهما الخ (قوله وبرتها) أى الحلقة التى فى أنفها (قوله لاتصالهما بها) أى مع كون استعمالهما لمنفعة تعود على الدابة فلا يرد عدم دخول القرط والخاتم والحزام معا تصالها بالعبد (قوله لاتدخل ثياب العبد) إذا قلنا لاتدخل ثياب العبد حتى ساتر العورة فهل يلزم البائع إبقاء ساتر عورته إلى أن يأتى له المشترى بساتر ؟ فيه نظر ، ويدل على عدم اللزوم جواز رجوع معير ساتر العورة كما تقرر فى باب العارية اه سم على حج . أقول : لو تعذر على المشترى مايستر به عورته عقب القبض ولو بالاستئجار فلا يبعد لزوم بقاء ساتر العورة للبائع بأجرة على المشترى ، وظاهر دخول أنفه : أى الرقيق وأنملته من النقد لأنه من أجزائه كما علم مما مرّ فى وضوء اه حج .

(قوله نعم ذكر فى الأنوار الخ) أى ومرّ أنه ضعيف (قوله ومحصل كلامه حكاية الاعتراض على المصنف الخ) أى فليس المراد من تعبيره بقيل الإشارة إلى منع الاعتراض وتضعيفه لأنه وارد ، ولا بد بل مراده بهذا التعبير مجرد إسناد الاعتراض إلى غيره (قوله وأجاب عنه الشارح الخ) هذا الجواب حاصله الاعتذار عن المصنف فى هذا الصنيع بأن فى كلام المحرر مايوهمه وإن كان غير صحيح فى نفسه ، وليس الغرض منه دفع الاعتراض بتصحيح كلام المصنف كما لايخفى (قوله المفعول فيه) أى فى ولياه وهو الهاء

ونازع السبكى فى النعل بأنه كالثوب وهو القياس .

[فرع] إذا (باع شجرة) رطبة وحدها أو مع نحو أرض صريحا أو تبعا كما مر (دخل عروقها) ولو امتدت وجاوزت العادة كما شمله كلامهم ما لم يشترط قطعها ، لأن ذلك من مسماها (وورقها) لما ذكر إذا كان رطبا خلافا لما وقع فى شرح المنهج فيهما ، ولا فرق فى دخول الورق بين أن يكون من فرصاد وسدر وحناء وتوت أبيض ونيلة لما مر كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى (وفى ورق التوت) الأبيض الأنثى المبيعة شجرته فى زمن

وعبارة سم على منهج : لو كان للرقيق سن من ذهب فهل تدخل فى البيع وهل يصح إذا كان الثمن ذهبا ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الصحة والدخول وإن كان الثمن ذهبا كما مال إليه مر لأنها لا تقصد بالشراء بوجه فهى متمحضة للتبعية وغير منظور إليها بل ربما تنقصه وتنفر عنه ، وبهذا فارقت عدم الصحة فى بيع دار وتصفح أبوابها بالذهب إذا كان الثمن ذهبا . ومما يوضح الصحة هنا أنه لا يطمع فى أخذ السن والتصرف فيها ولا يلاحظ ذلك بوجه بخلاف صفائح الدار (قوله ونازع السبكى الخ) ضعيف (قوله وهو القياس) أى فيكون من محل الخلاف (قوله رطبة) قيد بذلك للتفصيل الآتى فى الأغصان (قوله أو تبعا) كأن باعه الأرض وأطلق (قوله وجاوزت العادة) أى ولم تخرج بذلك الامتداد عن أرض البائع ، فإن خرجت كان لصاحب الأرض تكليفه قطع ما وصل إلى أرضه (قوله لأن ذلك) علة للدخول (قوله لما ذكر) أى فى قوله لأن ذلك الخ (قوله فيهما) أى العروق والورق (قوله بين أن يكون الخ) أى وأن يكون من غير ذلك وكان الأولى له أن يقول ذلك ، ولكنه عبر بما ذكر لما فيها من الخلاف اهـ (قوله من فرصاد) اسم للتوت الأحمر خاصة اهـ مختار .

[فرع] اشترى شجرة فرصاد لا ورق عليها فأورقت فى يده ثم فسخ كان الورق له ، كذا أجاب به مر سائله فى درسه عن ذلك . ولعل وجهه أنه متميز عن المبيع ليس على صورة الأصل فهو فى معنى الزيادة المنفصلة ، ثم أجاب بخلافه والمسئلة فيها وجهان اهـ سم على منهج . أقول : وجه الأول ظاهر كالصوف واللبن الحادثين فى يد المشترى (قوله لما مر) أى فى قوله لأن ذلك الخ .

[فرع] يستشكل دخول ورق النيلة فى بيعها مع قولهم إن الجزة الظاهرة مما يجز مرارا لا تدخل فى البيع ولا شك أن النيلة مما يجز مرارا فليصور ذلك بما إذا باع الظاهر منها كما إذا باعها بشرط القطع ونحو ذلك ، وقد وافق مر على صحة تصويرها بذلك بعد ما أوردت عليه الإشكال اهـ سم على منهج . أقول : وفى استشكال ذلك لعدم دخول الجزة الظاهرة فى البيع نظر لأن ذاك فيما لو باع الأرض وما هنا فى بيع الشجرة هى اسم لما ظهر إلا أن يخص الإشكال بما شمله قول الشارح ولو تبعا من أنه إذا باع الأرض وأطلق دخل فى البيع شجر النيلة (قوله وفى ورق التوت الخ) فى إضافة الورق إلى التوت تصريح بأن التوت اسم للشجرة ، وفى تقييده بالأبيض تنبيه على أن التوت شامل للأحمر ، لكن فى المختار التوت الفرصاد وفسر الفرصاد بأنه التوت الأحمر ، وعبارة حج : تنبيه : نقل الحريرى عن أهل اللغة أن التوت اسم للشجر والفرصاد اسم للثمر ، وغيره عن الجوهرى أن الفرصاد التوت الأحمر فقول السبكى إنه التوت ، وعبر عنه به لأنه أشهر لا يوافق شيئا من ذلك إلا أن يثبت أنه مشترك . ثم رأيت القاموس صرح بما يوافق هذا فإنه قال التوت الفرصاد ، وقال فى الفرصاد هو التوت أو حمله أو أحمره اهـ . فكل منهما مشترك

(قوله كالثوب) أى ففيه الخلاف (قوله من فرصاد وسدر وحناء وتوت أبيض ونيلة) أى أو من غيرها

الربيع وقد خرج (وجه) أنه لايدخل لأنه يقصد لتربية دود القز ويجرى فى ورق النبق ، وصحح ابن الرفعة عدم دخول ورق الحناء معللا ذلك بأنه كثمر سائر الأشجار ، والتوت ، بتاءين على الصحيح ، وفى لغة أنه بالمثلثة آخره (وأغصانها إلا اليابس) فلا يدخل لاعتياد الناس قطعه فأشبه الثمرة أما الجافة فيتبعها غصنها اليابس وفى الخلاف بتخفيف اللام وهو البان وقيل الصفصاف خلاف منتشر ، ورجح ابن الأستاذ قول القاضى أن منه نوعا يقطع من أصله فهو كالقصب الفارسى ونوعا يترك على ساقه ويؤخذ غصنه فهو كالثمرة ، وكلام الروضة يشير لذلك ويدخل أيضا الكلام وهو بكسر الكاف أوعية الطلع وغيره ولو كان ثمرها مؤبرا لأنها تبقى ببقاء الأغصان . ومثلها العرجون كما بحثه الشيخ وإن ذهب البلقينى إلى أنه لمن له الثمرة ، هذا ويمكن حمل الأول على ما إذا لم تجر العادة بقطعه مع الثمرة والثانى مع خلافه ، ومقتضى كلام المصنف عدم الفرق فى دخول العروق والورق بين اليابسة وغيرها وهو مقتضى إطلاق الرافعى أيضا وصرح به فى الكفاية بالنسبة للعروق . نعم إن رجع الاستثناء للثلاثة وهو الأصح لم يدخل اليابس مطلقا (ويصح بيعها) رطبة ويابسة (بشرط القلع) وتدخل العروق فهى للمشترى (أو القطع) ولا تدخل كما مر فهى باقية للبائع ، وتقطع من وجه الأرض (وبشرط الإبقاء) إن كانت رطبة

بين الثلاثة (قوله ويجرى) أى هذا الوجه (قوله وصحح ابن الرفعة) ضعيف (قوله قطعه) أى اليابس من الأغصان (قوله بتخفيف اللام) أى مع كسر الخاء (قوله ورجح ابن الاستاذ الخ) معتمد (قوله أن منه) أى الخلاف (قوله كالقصب الفارسى) أى فلا يدخل فى البيع (قوله فهو كالثمرة) أى فلا يدخل الظاهر منه فى البيع (قوله أوعية الطلع) فيه إشارة إلى أن كمام جمع وهو كذلك ، ففى المختار : والكم بالكسر والكمامة وعاء الطلع وغطاء النور والجمع أكمام وأكمة وكمام وأكاميم (قوله وغيره) أى كغطاء النور (قوله لأنها) أى الأوعية (قوله ومثله العرجون) أى وهو مجمع الشماريخ وعبر عنه فى المصباح بأنه أصل الكباسة وفسرها بأنها عنقود النخل ، وعليها فالكباسة مايسمى فى العرف إسباطة والعرجون أصلها وهو مجمع الشماريخ ، قال : العرجون بضم العين المهملة الذى يعوج وينعطف وينقطع منه الشماريخ ويبقى على النخل يابسا (قوله ويمكن حمل الأول الخ) معتمد وهو قوله ومثلها العرجون الخ (قوله والثانى) هو قوله لمن له الثمرة (قوله وهو الأصح) تقدم الجزم به فى قوله إذا كان رطبا خلافا الخ (قوله لم يدخل اليابس) وعلى هذا فلينظر ماطريق وصول البائع إلى أخذ العروق هل يكلف الصبر إلى قطع الشجرة من المشترى فيأخذ العروق أو يأخذ العروق حالا وإن ترتب عليه نقص الشجرة أم كيف الحال ؟ فيه نظر ، ولا يبعد أن يقال إن أدى قطع العروق إلى إضرار بالشجرة لايمكن من قطعها لما فيه من إضرار المشترى بتعييب المبيع أو إتلافه ، وفيه أنه قد يقال إن رضا المشترى وإقدامه على الشراء رضا منه بما يتولد من قطع العروق وإن أدى إلى إتلاف الشجرة (قوله مطلقا) أى لا من العروق ولا الأغصان ولا الورق (قوله فهى للمشترى) أى فيأخذها وإن ترتب على أخذها هدم بناء عليها للبائع كأنه لأنه رضى بذلك ولا تقصير للمشترى لأنه لايمكنه أخذ ذلك إلا بهدم ما فوقه (قوله ولا تدخل) أى العروق (قوله وتقطع من وجه الأرض) أى على

(قوله ويجرى فى ورق النبق) وهو المعبر عنه فيما مر بالسدر (قوله تباين على الصحيح) لعله على الفصيح (قوله ورجح ابن الأستاذ الخ) وتقدم للشارح بسط هذا مع الإشارة إلى ترجيح هذا التفصيل فى شرح قول المصنف وأصول البقل التى تبقى سنين كالقت والهندبا كالشجر (قوله لأنها تبقى ببقاء الأغصان) لعل مراده أنها لاتقطع مع قطع الثمرة لانفصالها عنها (قوله ومقتضى كلام المصنف عدم الفرق) أى

كما يفهمه قوله الآتى : ولو كانت يابسة الخ ، وإلا بطل البيع بشرط إبقائها إن لم يكن ، ثم غرض صحيح فى بقائها لنحو وضع جذوع عليها كما بحثه الأذرعى ، ويعمل بالشرط فى حالة القطع والقلع والإبقاء ، ويدخل نحو ورقها وأغصانها مع شرط أحد الأولين وعدمه ، ولو أبقاها مدة مع شرط أحد ذينك لم تلزمه الأجرة إلا أن طالبه البائع بالمشروط فامتنع ولو سقط ما قطعه أو قلعه على شجر البائع فأتلفه ضمنه إن علم سقوطه عليه وإلا فلا ، كذا أفتى به الوالد رحمه الله تعالى وتنظير بعضهم فيه بأن التلف من فعله فيضمنه مطلقا والعلم وعدمه إنما يؤثر فى الإثم وعدمه غير صحيح نشأ له من عدم استحضاره المنقول ، فقد صرح بما أفتى به الشيخان فى باب إتلاف البهائم ، وعبارة ابن المقرى فى روضه : وإن ضرب شجرة فى ملكه وعلم أنها تسقط على غافل ولم يعلمه ضمن وإلا فلا يضمنه إذ لا تقصير منه (والإطلاق يقتضى الإبقاء) فى الشجرة الرطبة كما يفهمه كلامه المذكور أيضا لأنه العرف بخلاف اليابسة ، وشمل إطلاقه ما لو غلظت عما كانت عليه ، ولو تفرخ منها شجرة أخرى استحق إبقاء ذلك الأصل سواء أعلم استخلافها كالموز أم لا لذلك على أوجه الاحتمالات ، لكن لو أزيل المتبوع فهل يزال التابع كما هو شأنه أو لا لأنه بوجوده صار مستقلا؟ الأوجه كما رجحه بعضهم الثانى وإن رجح بعض آخر الأول ، ومحل ما تقرر فى حالة استحقاق البائع

ماجرت به العادة فى مثلها ، فلو أراد المشترى حفر جزء من الأرض ليتوصل به إلى زيادة مايقطعه لم يمكن (قوله كما يفهمه قوله الآتى) قد ينازع فى إفهامه ماذكر لأن ما يأتى مفروض عند الإطلاق ولزوم القلع فيه لايستلزم البطلان عند شرط الإبقاء (قوله أحد ذينك) أى القطع أو القلع : قال حج : ولو أراد مشترط أحد ذينك استئجار المغرس ليبقيها فيه فللقفال فيه جوابان ، والذى استقر رأيه عليه المنع ، بخلاف غاصب استأجر محل غرسه ليبقيه فيه لأن المحل هنا بيد المالك وثم بيد البائع فلا يمكن قبضه عن الأجرة قبل أحد ذينك ، وقياسه أنه لايصح شراؤه له . فإن قلت : لم لم يكن شغله بالشجرة كشغل الدار بأمتعة المشترى ؟ قلت : قد يفرق بأن تلك يتأتى التفريغ منها فلا تعد حائلة بخلاف هذه لأن القصد باستئجار أو شراء محلها إدامة بقائها (قوله فامتنع) أى وتلزمه الأجرة من حين الامتناع (قوله إن علم) أي ويظهر ذلك بالقرينة (قوله وتنظير بعضهم) هو حج (قوله مطلقا) أى علم أولا (قوله من عدم استحضاره المنقول) لكن هذا المنقول مشكل فى نفسه فإن الضمان لما تلف بخطاب الوضع ، ولا فرق فيه بين العالم وغيره (قوله وعبارة ابن المقرى) توجيه لقوله غير صحيح (قوله بخلاف اليابسة) أى فإن الإطلاق فيها لايقتضى الإبقاء فيكلف المشترى قلعها وتدخل فى بيعها عروقها كما سيأتى فى قول المصنف ولو كانت يابسة الخ (قوله استحق إبقاء ذلك) بقى ما إذا قطعها وبقى جذورها هل يجب عليه قلع الجذور أو له إبقاؤها كما كان يبقى الشجرة أو يفصل بين أن تموت الجذور وتجف فيجب قلعها كما لو جفت الشجرة لأنها حينئذ لاتزيد عليها ، أو لاتموت وتستمر رطبة ويرجى نبات شجرة منها فلا يجب ويستحق إبقاءها ، فيه نظر ، ولو قطعها وأبقى جذورها فنبتت منها شجرة أخرى هل يستحق إبقاءها ؟ لايبعد نعم فليحرر سم على منهج . أقول : قوله أو يفصل بين الخ هو الأقرب (قوله كالأصل) قال سم على منهج فى أثناء كلام : بل قال شيخنا مر : إذا قلعت أو انقلعت ولم يعرض وأراد إعادتها كما كانت فله ذلك . أقول : قوله إذا قلعت : أى ولو بفعل المشترى حيث كان لغرض كما يفهم من قوله ولم يعرض ، وقوله ولم يعرض : أى ويرجع فى ذلك إليه (قوله لذلك) أى

وهو خلاف الأصح كما علم مما مر (قوله وعدمه) صادق بالإطلاق وشرط الإبقاء فليراجع

الإبقاء وإلا كأن غصب أرضا وغرسها ثم باعه وأطلق فهل يبطل البيع أو يصح ويتخير المشترى إن جهل ؟ وجهان أوجههما ثانيهما ، وقضية ما تقرر دخول أولاد الشجرة الموجودة والحادثة بعد البيع وهو كذلك فيما يظهر إن علم أنها منها ، سواء أنبتت من جذوعها أم من عروقها التى بالأرض لأنها حينئذ كأغصانها ، بخلاف اللاصق بها مع مخالفة منبته لمنبتها لأنه أجنبى عنها . قال الأذرعى : وشجر السماق يخلف حتى يملأ الأرض ويفسدها وفى لزوم هذا بعد اهـ . ورد بأن البائع مقصر بتركه شرط القطع (والأصح) فيما إذا استحق إبقاءها (أنه لايدخل) فى بيعها (المغرس) بكسر الراء : أى محل غرسها لعدم تناول اسمها له فليس له بيعه ولا غرس بدلها لو قلعت (لكن يستحق منفعته) مجانا فيجب على مالكه أو مستحق منفعته بإجارة أو وصية تمكينه منه (مابقيت الشجرة) حية تبعا لها ، والثانى يدخل لاستحقاقه منفعته لا إلى غاية ، وعليه فلو قلعها أو انقلعت غرس غيرها وله بيع المغرس ، ولا يدخل مغرس فى شجرة يابسة قطعا لبطلان البيع بشرط إبقائها كما مر ، هذا إن استحق البائع الإبقاء وإلا جاء مامر ، ولو بذل مالكه أرش القلع لمالكها وأراد قلعها لم يجز له ذلك ، والمغرس ما سامتها من الأرض وما تمتد إليه عروقها

قوله لأنه العرف الخ (قوله ثم باعه) أى الغراس (قوله وأطلق) خرج به مالو شرط الإبقاء وإلحاقه ماذكر ، والظاهر بطلان البيع لاشتمال البيع على شرط فاسد صريحا (قوله التى بالأرض) ظاهره وإن وصلت العروق إلى أرض الغير ونبتت منها وهو كذلك ، لكن لصاحب الأرض حينئذ تكليف مالك الشجرة إزالة ما وصل إلى ملكه وإن كان فوقه بناء وكأنه أذن له فى هدمه فلا يضمنه لأنه لايمكنه ذلك إلا بهدمه فلا تقصير منه ، فإن رضى ببقائه فلا أجرة فهو عارية (قوله وفى لزوم هذا) أى الإبقاء (قوله ورد بأن البائع الخ) معتمد (قوله ولا غرس بدلها) خرج به مالو قصد إعادتها فيجوز له ذلك حيث رجى عودها إلى ما كانت عليه . يؤخذ مما تقدم عن سم على منهج (قوله لكن يستحق منفعته) ويمتنع على البائع التصرف فى ظاهر الأرض بما يتولد منه ضرر للشجرة ، لكن لو امتدت العروق إلى موضع كان للبائع فيه بناء أو زرع قبل بيع الشجرة واحتيج إلى إزالة أحدهما لرفع ضرر الآخر فهل يكلف البائع إزالة ملكه لدفع ضرر المشترى أو يكلف المشترى قطع ما امتد من العروق لسلامة ملك البائع وكون استحقاقه لذلك سابقا على ملك المشترى ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن البائع حيث لم يشترط القطع راض بما يتولد من الضرر (قوله تمكينه) أى من الانتفاع به على العادة بالأشجار ، وليس له الرقاد تحتها لما فيه من الضرر بالبائع (قوله مابقيت الشجرة) وهل للمشترى وصل غصن بتلك الشجرة من غير جنسها يظهر أن له ذلك وفاقا لمر ، فلو كبر ذلك وتفرع وأضر بالبائع فهل له أمره بقطعه ؟ ينبغى أن يقال وفاقا لمر إن حصل منه مالا يحصل عادة من مثل تلك الشجرة أمره بقطعه وإلا فلا اهـ سم على منهج .

[فرع] آجر البائع الأرض لغير مالك الشجرة فالقياس صحة الإجارة ، ويثبت الخيار للمستأجر إن جهل استحقاق منفعة المغرس لغير البائع (قوله حية) فإذا انقلعت أو قلعها كان له أن يعيدها مادامت حية لابدلها اهـ شيخنا زيادى (قوله هذا) أى الأصح ومقابله قوله وإلا جاء مامر : أى فى قوله ومحل ماتقرر الخ (قوله لم يجز له)

(قوله ثم باعه وأطلق) خرج به ما إذا شرط الإبقاء ، وظاهر أنه يبطل البيع قولا واحدا للشرط الفاسد وما لو شرط القلع أو القطع ، وظاهر أنه يصح قولا واحدا فليراجع (قوله هذا) أى استحقاق المنفعة المعبر عنه فى المتن بقوله لكن يستحق منفعته الخ (قوله لبطلان البيع بشرط إبقائها) لاتلازم بين بطلان البيع وبين الاستحقاق وعدمه ، فلو قال لعدم استحقاقها الإبقاء لكان واضحا (قوله لم يجز له ذلك) عبارة الروض وشرحه : ولو بذل مالكه أرش

فيمتنع عليه أن يغرس فى هذا مايضرّ بها ، ولا يضر تجديد استحقاق للمشترى لم يكن له فاندفع ما بالجمع هنا من الإشكال ولم يحتج لجواب الزركشى الذى قيل فيه إنه ساقط ، ويجرى الخلاف فيمن لو باع أرضا واستثنى لنفسه شجرة هل يبقى له مغرسها أو لا ، وفيما إذا باع أرضا فيها ميت مدفون هل يبقى له مكان الدفن أو لا كما قاله الرافعى فى أول الدفن ، ولو باع شجرة أو بناء فى أرض مستأجرة معه أو موصى له بمنفعتها أو موقوفة عليه استحق إبقاءها بقية المدة كما بحثه ابن الرفعة لكن مجانا كالمملوكة فى أوجه احتمالين والموصى بمنفعتها أبدا أو مدة معينة كذلك تلك المدة كما أفاده بعض المتأخرين (ولو كانت) الشجرة المبيعة فى حالة الإطلاق (يابسة) ولم تدخل لكونها غير دعامة (لزم المشترى القلع)للعرف ، ثم شرع فىذكر ثمر المبيع وهو المقصود منه ولو مشموما كما لو رد فقال : (وثمرة النخل المبيع إن شرطت) جميعها أو بعضها المعين كالنصف (للبائع وللمشترى عمل به) سواء فيما قبل التأبير وبعده

أى بغير رضا مالك الشجرة ، أما معه فيحتمل جوازه لأنه بـدل لغرض صحيح وهو تفريغ ملـكه (قوله فيمتنع عليه) أى البائع (قوله فى هذا) وكالغرس غيره مما يضرّ بالشجرة (قوله لم يكن له) حالة البيع لأنه متفرّع عن أصل استحقاقه ، والممتنع إنما هو تجدد استحقاق مبتدإ اه حج . وبه يتضح قول الشارح فاندفع الخ (قوله ويجرى الخلاف) والأصح منه أنه لايبقى المغرس ولا مكان الميت لكن يستحق الانتفاع به ما بقيت الشجرة أو شىء من أجزاء الميت غير عجب الذنب ، ثم إن كان المشترى عالما بالميت فلا خيار له وإلا فله الخيار (قوله هل يبقى له) أى للبائع (قوله فى أوّل الدفن) فى قوله فيجب على مالكه أو مستحق منفعته الخ (قوله معه) أى البائع (قوله استحق) مفهوم قوله بقية المدة أنه لو استأجر مدة تلى مدته لايستحق إبقاءها . وعليه فينبغى أن يأتى فيه ما بالهامش من التخيير بين القلع الخ (قوله لكن مجانا) فى نسخة بدل قوله لكن مجانا الخ لكن بأجرة المثل لباقى المدة فى الأول إن علم لا فى الأخيرين لأن المنفعةفيهما لم يبذل البائع فيها شيئا ولو الخ ، وهذه هى عبارة حج فلعل الشارح رجع عنها إلى مافى الأصل الموافق لما قدمه (قوله كالمملوكة) ولا يشكل هذا بما مرّ فيما لو باع المشترى الحجارة لآخر من لزوم الأجرة للمشترى مطلقا لما أشار إليه ثم من أن ذلك جناية أجنبى وهى مضمونة مطلقا ، وما هنا لا جناية فيه بل هو استيفاء حق ثبت للبائع وانتقل منه للمشترى (قوله تلك المدة) أى فإذا انقضت بتمامها خير بين القلع وغرامة الأرش أو التبقية بالأجرة أو التملك بالقيمة (قوله ثمر المبيع) أى الشجر المبيع (قوله وثمرة النخل) أى الموجودة كما هو ظاهر (قوله قبل التأبير وبعده) وكذا لو شرط الظاهر للمشترى وغيره وقد انعقد للبائع اه حج . فإن لم ينعقد لم يصح شرطه وينبغى بطلان البيع بهذا الشرط اه سم عليه . أقول : ولعل وجه البطلان أنها قبل انعقادها كالمعدومة ، لكن هذا يشكل على إطلاقهم قولهم إن الثمرة : أى بعد وجودها إذا شرطت للبائع فهى

القطع لمالكها وأراد قطعها فإنه يجب عليه إبقاؤها ولا يجوز له قطعها (قوله ولا يضر تجديد استحقاق للمشترى الخ) أى لأنه متفرع عن أصل استحقاقه ، والممتنع إنما هو تجدد استحقاق مبتدإ كما أفصح به الشهاب حج ولا بد منه فى دفع الإشكال (قوله بقية المدة) أى فى مسئلة الإجارة : أى أو الوصية إن كانت مؤقتة بمدة وأبداً فيما عدا ذلك كما هو ظاهر (قوله كما بحثه ابن الرفعة) فيه أمران : الأول أن ابن الرفعة إنما بحث ذلك فى مسئلتى الإجارة والوصية ، وأما مسئلة الوقف فإنما بحثها الأذرعى. الثانى أن ابن الرفعة إنما بحث ذلك فى البناء ، وإلحاق الشجر به إنما هو للأذرعى كما يعلم بمراجعة القوت ، ونبه الأذرعى على أن الكلام فى الإجارة الصحيحة . أما الفاسدة فتستحق فيها الأجرة لأن الأجرة تجب فيها يوما بيوم كما سيأتى (قوله والموصى بمنفعتها الخ) مكرر مع الذى قبله

وفاء بالشرط ، ولو شرط غير المؤبرة للمشترى كان تأكيدا كما قاله المتولى أو للبائع صح أيضا وإن قيل ينبغى أن يكون كشرط الحمل . لأنا نقول : إنما بطل البيع بشرط استثناء البائع الحمل أو منفعته شهرا لنفسه لأن الحمل لايفرد بالبيع والطلع يفرد به ، ولأن عدم المنفعة يؤدى لخلو المبيع عنها وهو مبطل (وإلا) أى إن لم يشرط لواحد منهما بأن سكت عن ذلك (فإن لم يتأبر منها شىء فهى للمشترى وإلا) بأن تأبر بعضها ولو طلع ذكر وإن قل ولو فى غير وقته كما هو قضية إطلاقهم خلافا للماوردى وإن تبعه ابن الرفعة (فللبائع) جميعها ما تأبر وغيره لخبر الشيخين « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » أى المشترى دل منطوقه على أن المتأبرة للبائع وإن لم يشرط له ، ومفهومه أن غير المؤبرة للمشترى إلا أن يشترطها البائع ، ودل الاستثناء على أنها للمشترى عند اشتراطها له وإن تأبرت ، وكونها لواحد ممن ذكر صادق بأن تشترط له أو يسكت عن ذلك ، وافترقا بالتأبير

له فظاهره أنه لافرق بين انعقادها وعدمه (قوله ولو شرط غير المؤبرة) أى الثمرة التى لم يتأبر منها شىء أصلا ، أما لو تأبر بعضها دون بعض لم يكن تأكيدا لأنه لو لم يتعرض كانت كلها للبائع (قوله وهو مبطل) وقد يقال المبطل خلوه عنها مطلقا لا فى مدة كما هنا اه سم على حج . وفيه أن خلوه عنها مدة إنما يغتفر إذا كانت المنفعة مستحقة لغير البائع كبيع الدار المؤجرة واستثنى البائع لنفسه منفعة الدار المبيعة مدة لم يجز وإن قلت (قوله فإن لم يتأبر) أى ولو قطع البائع ما تأبر ثم باع الشجرة وعليها ثمر لم يؤبر هل يكون للبائع لأن تأبر البعض كتأبر الكل وإن قطع المؤبر قبل العقد أولا لانتفاء التبعية حينئذ فيه نظر ، ولا يبعد الأول لتحقق دخول وقت التأبير بتأبر البعض ، ويحتمل أن لكل حكمه لأنا إنما قلنا بتبعية غير المؤبر للمؤبر لعسر تتبع كل من المؤبر وغيره ، ثم رأيت ما يأتى فى قول الشارح بعد قول المصنف فى الفصل الآتى وقبل بدو الصلاح إن بيع الثمر الذى لم يبد صلاحه وإن بدا صلاح غيره المتحد معه نوعا ومحلا اه ، وهو يعين الاحتمال الثانى (قوله وإلا بأن تأبر) أنظر لو حصل التأبير فى أثناء الإيجاب أو بين الإيجاب والقبول هل يكون كما لو سبق الصيغة فيكون للبائع لايبعد ؟ نعم لأنه حصل التأبير قبل حصول البيع وقبل حصول الصحة لأن الصحة مع آخر القبول على الأرجح ويحتمل خلافه ، ولو وجد التأبير مع آخر القبول ، فيه نظر فليحرر اه سم على منهج . أقول : ولا يبعد أنه للبائع لحصوله قبل الانتقال عن ملكه (قوله ولو فى غير وقته) ظاهره ولو بفعل فاعل .

[فرع] قال فى العباب : ويصدق البائع : أى أن البيع وقع بعد التأبير : أى حتى تكون الثمرة له اه سم على حج . ومثله مالو اختلفا هل كانت الثمرة موجودة قبل العقد أو حدثت بعده فالمصدق البائع على الأصح عند الشارح كما ذكره فى باب اختلاف المتبايعين بعد قوله أو صفته خلافا لحج (قوله قد أبرت) بالتخفيف والتشديد لأنه يقال فى الفعل أبر النخل من باب ضرب وأبره بالتشديد بمعنى كما فى المختار وهو بضم الهمزة (قوله صادق بأن تشترط له) فيه بحث دقيق يدركه كل ذى فهم أنيق اه سم على منهج . أقول : ووجه البحث أنه قد يقال لا نسلم أن مفهوم الحديث ما ذكر بل مفهومه أنه إذا باع نخلا لم تؤبر لاتكون ثمرتها على هذا التفصيل وذلك أنه صادق بأن تكون للمشترى وإن شرطت للبائع ، ويلغو الشرط بأن تكون للمشترى إذا شرطت له أو سكت عن الشرط (قوله وافترقا) أى المؤبر وغيره

(قوله وإن قيل ينبغى أن يكون كشرط الحمل) أى أو المنفعة للبائع شهرا ليتنزل عليه قوله الآتى ولأن عدم المنفعة الخ ، وعبارة التحفة : وإنما بطل البيع بشرط استثناء البائع الحمل أو منفعة شهر لنفسه لأن الحمل لايفرد بالبيع الخ

وعدمه لأنها فى حالة الاستتار كالحمل وفى حالة الظهور كالولد ، وألحق بالنخل سائر الثمار وبتأبير كلها تأبير بعضها بتبعية غير المؤبر للمؤبر لما فى تتبع ذلك من العسر ، والتأبير تشقق طلع الإناث وذرّ طلع الذكور فيه فيجىء رطبها أجود مما لم يؤبر، والعادة الاكتفاء بتأبير البعض والباقى يتشقق بنفسه وينبثّ ريح الذكور إليه ، وقد لايؤبر شىء ويتشقق الكل والحكم فيه كالمؤبر اعتبارا بظهور المقصود ، ويستفاد صورة تشققه بنفسه من تعبيره بيتأبر خلافا لما توهمه عبارة أصله (وما يخرج ثمره بلا نور) بفتح النون أى زهر على أىّ لون كان (كتين وعنب إن برز ثمره) أى ظهر (فللبائع وإلا) بأن لم يبرز (فللمشترى) إلحاقا لبروزه بتشقق الطلع ، ولا يعتبر تشقق القشر الأعلى من نحو جوز بل هو للبائع مطلقا لاستتاره بما هو من صلاحه ولأنه لايظهر بتشقق الأعلى عنه ولو ظهر بعض التين أوالعنب فيما ظهر للبائع ، وما لم يظهر فللمشترى كما فى التتمة والمهذب والتهذيب وإن توقفا فيه وجزم فى الأنوار بالتوقف ، وحمله بعضهم على مايتكرر حمله منه وإلا فكالنخل ، ويرد بأن حمله فى العام مرتين نادر كالنخل فليكن مثله ، وفرق الأصحاب بين طلع النخل وما ذكر بأن ثمرة النخل ثمرة عام واحد وهو لايحمل

(قوله والتأبير تشقق طلع الإناث) عبارة حج : والتأبير لغة وضع طلع الذكور فى طلع الأنثى لتجىء ثمرتها أجود. واصطلاحا تشقق الطلع ولو بنفسه وإن كان طلع ذكر كما أفاده تعبيره بقوله يتأبر اهـ (قوله وقد لايؤبر) أى بفعل فاعل (قوله ويتشقق الكل) كذا فى شرح الروض فلينظر التقييد بالكل اهـ سم على حج . أقول : ولعل مجرد تصوير لا للاحتراز لما تقدم قوله وإلا بأن تأبر بعضها ولو طلع ذكر إذ التأبير لايتوقف على فعل (قوله زهر) بفتحتين كما فى المختار (قوله كتين وعنب) .

[فرع] وصلت شجرة نحو تين بغصن نحو مشمش أو عكسه فينبغى أن لكل حكمه حتى لو برز التين ، ولم يتناثر نور المشمش فالأول فقط للبائع اهـ سم على حج . وهذا يفيده قول الشارح الآتى ، وحاصل شرط التبعية الخ ، لأن هذين جنسان وإن كان فى شجرة واحدة (قوله وما لم يظهر فللمشترى) معتمد (قوله كما فى التتمة) للمتولى والمهذب أبى إسحق الشيرازى والتهذيب للبغوى (قوله ويرد) أى الحمل (قوله فى العام الخ) المراد بالعام السنة الشرعية : يعنى أنه لم تجر العادة بأنه يحمل مرتين فى سنة . قال حج : بعد مثل ماذكر : وقال الماوردى منه

(قوله كما فى التتمة الخ) صريح هذا التعبير خصوصا مع تبرّيه من توقف الشيخين فيه بقوله وإن توقفا فيه أنه يختار هذا التفصيل فيناقضه ما سيأتى له فى رد حمل بعضهم الآتى من قوله ويرد بأن حمله فى العام مرتين نادر كالنخل فليكن مثله ، ثم إن صريح هذا السياق أن كلا من حمل بعضهم المذكور ومن رده ومن فرق الأصحاب الآتى فى كل من التين والعنب وليس كذلك ، بل الحمل المذكور ورده فى خصوص العنب كما يعلم بمراجعة تحفة العلامة حج الذى ماهنا فيهما ، عبارتها بالحرف : وفرق الأصحاب الآتى فى خصوص التين ، كما يعلم من آخر عبارته المنقولة باللفظ من شرح الروض ، ويصرح به كلام القوت الآتى ، ثم إن قول الشارح كما فى التتمة صريح فى أنه فى التين والعنب وليس كذلك فإن كلامه فى خصوص التين ، وعبارة القوت سكت المصنف عما إذا ظهر بعض دون بعض : أى فى التين والعنب ، وفى التهذيب والكافى والبيان وغيرها أن ماظهر للبائع ومالم يظهر للمشترى. ولا يتبع أحدهما الآخر ، وتوقف فيه الشيخان وصرح به المتولى فى التين وقال إنه لاخلاف فيه ، وكذلك الرويانى وفرق بينه وبين النخل بأن ثمرته ثمرة عام واحد ولا يحمل فى السنة إلا مرة والتين يجمع حملين (قوله وجزم فى الأنوار بالتوقف)

فيه إلا مرة والتين ونحوه يحمل حملين مرة بعد أخرى فكانت الأولى للبائع والثانية للمشترى، وكالتين فيما تقرر الجميز ونحوه كالقثاء والبطيخ لايتبع بعضه بعضا لأنها بطون، بخلاف مامر فى ثمرة النخل ونحوه فإنها تعد حملا واحدا (وما خرج فى نور ثم سقط نوره) أى كان من شأنه ذلك بدليل قوله الآتى ولم يتناثر النور ثم قوله وبعد التناثر وتعبير أصله بيخرج سالم من ذلك، وحكمة عدوله عنه خشية إيهام اتحاد هذا مع ماقبله فى أن لكل نورا قد يوجد وقد لا، وليس كذلك إذ نفى النور عن ذلك نفى له عن أصله كما تفهمه مغايرة الأسلوب، وقد أشار الشارح لذلك بقوله وعدل عن قول المحرر يخرج المناسب للتقسيم بعده كأنه لئلا يشتبه بما قبله (كمشمش) بكسر ميميه وحكى فتحهما (وتفاح) ورمان ولوز (فللمشترى إن لم تنعقد الثمرة) لأنها كالمعدومة (وكذا) هى له أيضا (إن انعقدت ولم يتناثر النور فى الأصح) إلحاقا لها بالطلع لأن استتارها بالنور بمنزلة استتار ثمرة النخل بكمامه، والثانى يلحقها به بعد تشققه لاستتاره بالقشر الأبيض فتكون للبائع (وبعد التناثر للبائع) لظهورها وما لم يظهر من ذلك تابع لما ظهر كما فى التنبيه، وما قصد ورده وكان يخرج من كمام ثم يتفتح كالورد الأحمر فإن باعه بعد ظهوره فللبائع كالطلع المشقق أو قبله فللمشترى، وما يخرج ظاهرا كالياسمين فإن خرج ورده فللبائع وإلا فللمشترى

مايورد ثم ينعقد فيلحق بالمشمش وما يبدو منعقدا فيلحق بالتين (قوله خشية إيهام الخ) فى هذه الخشية بعد وبتقديره فمجرد التعبير بخرج ويخرج لايدفع هذا الإيهام، على أنه قيل إن مراد المحلى بالاشتباه الاشتباه على الناسخ مثلا دون الاشتباه المعنوى (قوله وحكى فتحهما) وضمهما أيضا لكن الضم قليل كما فى عباب اللغة (قوله وبعد التناثر) قال م ر بالذهن لابد من تناثره بنفسه حتى لو أخذه فاعل قبل أوان تناثره كان كما لو لم يتناثر، فأوردت عليه أنهم صرحوا فى ثمرة النخل أنه لا فرق بين المؤبرة بنفسها وما بفعل فاعل، ففرق بأن تأبيره لايؤدى إلى فساد مطلقا بخلاف أخذ النور قبل أوانه اه. وفيه نظر فليتأمل اه سم على منهج (قوله وما لم يظهر من ذلك تابع لما ظهر) دخل فيه الورد إذا تفتح بعضه دون الباقى، فما لم يتفتح منه تابع لما تفتح، وعبارة عميرة: هل يلحق غير المتفتح من الورد بالمتفتح أم لكل حكمه؟ الذى فى التهذيب الثانى كالتين والذى فى التنبيه الأول كالتأبير (قوله كما فى التنبيه) عبارة التنبيه: فإن كان له: أى للغراس حمل فإن كان ثمره يتشقق كالنخل أو نورا يتفتح كالورد والياسمين فإن كان قد ظهر ذلك أو بعضه فالجميع للبائع، وإن لم يظهر منه شىء فهو للمشترى اه: وقوله فإن كان قد ظهر ذلك أو بعضه. قال ابن النقيب: أى ظهر الطلع من كوزه والورد من كمامه والياسمين من الشجر اه. فعلم أن الظهور تارة بتشقق وتارة بتفتح وتارة بالخروج من الشجرة وتارة بتناثر النور اه سم على حج (قوله وما قصد ورده) أى نوره (قوله فللمشترى) أى فيقال إن ماظهر بعد للمشترى لأنه بقية حمل ذلك العام ولو كان من نوع يتكرر حمله فى السنة لأن العبرة بالجنس والنوع المخالف لندرته لايعتد به، وهو رد على شيخ الإسلام فى شرح منهجه حيث قال: ولعل العنب نوعان (قوله كالياسمين) قال فى المصباح: الياسمين أصله يسم وهو معرب وسينه مكسورة وبعضهم يفتحها وهو غير منصرف، وبعض العرب يعربه إعراب جمع المذكر السالم على غير قياس (قوله فإن خرج ورده) أى نوره. قال فى المصباح: الورد بالفتح مشموم معروف إلى أن قال: وفى مختصر

يعنى بقضية التوقف من أن الجميع للبائع فيهما وإلا فهو فى الأنوار لم يصرح بتوقف (قوله والتين ونحوه) ذكر النحو زاده على مافى شرح الروض وينبغى حذفه لأنه ليس من محل فرق الأصحاب وإن كان الفرق يتأتى فيه أيضا لكن بطريق الإلحاق كما سيأتى فى كلامه (قوله سالم من ذلك) يعنى من إيهام أن الصورة أنه سقط بالفعل الذى دفعه بقوله إن كان من شأنه ذلك (قوله كالطلع المشقق) ظاهر هذا التشبيه أن غير الظاهر منه يتبع الظاهر وهو مافى

وتشقق جوز قطن يبقى أصله سنتين فأكثر كتأبير النخل فيتبع المستتر غيره إن توفرت شروط التبعية الآتية ، وما لايبقى أصله أكثر من سنة إن بيع قبل تكامل قطنه لم يجز إلا بشرط القطع كالزرع سواء أخرج جوزه أم لا ، ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوز فهو للمشترى لحدوثه فى ملكه وإن بيع بعد تكامل قطنه ؛ فإن تشقق جوزه صح العقد لظهور المقصود ودخل القطن فى البيع كما فى الروضة نقلا عن البغوى . لايقال : هو بعد تشققه كالثمرة المؤبرة كما جزم به القاضى فلا يدخل فى البيع . لأنا نقول : الشجرة مقصودة لثمار سائر الأعوام ، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة وإن لم يتشقق جوزه لم يصح البيع لاستتار قطنه بما ليس من مصالحه (ولو باع) نخلة من بستان أو (نخلات) بستان (مطلعة) بكسر اللام أى خرج طلعها (وبعضها) من حيث طلعه كما قاله الشارح مبينا به ما فى كلام المصنف من التسامح ، إذ ظاهر كلامه أن بعض النخلات مؤبر مع أن المؤبر إنما هو طلعها (مؤبر) وبعضها غير مؤبر ، ومؤبر هنا بمعنى متأبر كما علم مما مر (فللبائع) جميعها المؤبر وغيره وإن كان النوع مختلفا لعسر التتبع كما مر (فإن أفرد) بالبيع (مالم يؤبر)من بستان واحد(فللمشترى)طلعه (فى الأصح) لما مر . والثانى هو للبائع اكتفاء بدخول وقت التأبير عنه ، وأما المؤبر فللبائع ، ولو باع نخلة وبقيت ثمرتها للبائع ثم خرج طلع آخر كان له أيضا كما صرحا به وعللاه بأنه من ثمرة العام ؛ قال الشيخ : وإلحاقا للنادر بالأعم الأغلب . لايقال : قضية قوله مطلعة أن غير المؤبر لايتبع إلا بعد وجود الطلع مع أن الأصح أنه يتبع مطلقا متى كان من ثمرة ذلك العام فحذف مطلعة بل المسئلة من أصلها للعلم بها مما قدمه أحسن . لأنا نقول : بمنعه إذ هذا تفصيل لإطلاق قوله السابق فإن لم يتأبر منها شىء الخ ، وذلك لم يتعرض فيه للاطلاع فافهم أنه غير شرط ، وفائدة ذكره بيان أن

العين نور كل شىء ورده (قوله يبقى أصله سنتين) وهو المسمى بالحجازى (قوله الآتية) أى فى قوله وحاصل شرط التبعية الخ (قوله فهو للمشترى) هذا قد يشكل على ما يأتى فى الزرع من أنه لو باعه بشرط القطع فلم يقطع حتى زاد ؛ فالزيادة حتى السنابل للبائع ، وقد يفرق بين القطن والزرع بأن المقصود هوالقطن لاغيره فوجب جعل جوزته للمشترى ، بخلاف الزرع فإنه مقصود بسنابله فأمكن جعلها للبائع دونه اهـ سم على منهج فى الفصل الآتى (قوله ومؤبر هنا بمعنى متأبر) قد يدل على اختلاف حكمهما ، وفيه نظر اهـ سم على حج . وقد تمنع الدلالة بأن مراده أن المؤبر يقتضى فعل فاعل ، بخلاف المتأبر فدفع توهم أن المراد مايحصل بالفعل بقوله بمعنى متأبر ، وقد تقدم مايفهم منه ذلك فى قوله وتستفاد صورة تشققه الخ (قوله كما مر) أى فى قوله وتأبير بعضه بتأبير كله (قوله كان له أيضا) عبارة سم على منهج : قال شيخنا طب : بشرط أن يعد مع الأول بطنا واحدة ، فإن قال أهل الخبرة إنه بطن ثان ليس من حمله الأول فللمشترى ، ووافقه مر على ذلك وهو الوجه ، واعتمد طب هذا التفصيل فى الورد والياسمين والتين ونحوها اهـ . أقول : التعليل بإلحاق النادر بالأعم الأغلب ينافى هذا التفصيل(قوله كما صرحا به الخ) وهذا بخلاف مالو اشترى ثمرة نخلة دونها ثم خرج طلع آخر فلا يكون له بل هو للبائع كما هو ظاهر لأن العقد لم يتناوله والشجر غير مملوك له اهـ سم على حج (قوله إلا بعد وجود الطلع) أى لغير المؤبر

التنبيه وأقره عليه المصنف ، لكن نقل الرافعى عن التهذيب أن كلا منهما يعطى حكمه (قوله نخلة من بستان) انظر كيف يتنزل عليه كلام المتن الآتى (قوله وأما المؤبر فللبائع) لاحاجة للنص عليه لأنه لاتعلق له بالعقد (قوله أن غير المؤبر لايتبع إلا بعد وجود الطلع) يعنى لايتبع إلا إن كان مطلعا عند العقد . وعبارة القوت : وقد يفهم كلام الكتاب خلاف مارجحاه ، فإن المتبادر منه أن ثمرة غير المطلعة تكون للمشترى لأنها أطلعت بعد العقد انتهت (قوله لأنا نقول بمنعه الخ) الأولى ما أجاب به الشهاب من أن ماسبق لايستفاد منه الخلاف فى قوله فإن

الاطلاع لايستلزم التأبير (ولو كانت) أى النخلات المذكورة (فى بساتين) وما تأبر منها بواحد وغيره بآخر (فالأصح إفراد كل بستان بحكمه) سواء أتقاربا أم تباعدا لأن من شأن اختلاف البقاع اختلاف وقت التأبير ، ولا يتبعه أيضا فيما لو اختلف العقد أو الحمل أو الجنس . وحاصل شرط التبعية اتحاد بستان وجنس وعقد وحمل ، ومازاده بعضهم بقوله ومالك غير محتاج له لأنه يلزم من اختلافه تفصيل الثمن وهو مقتض لتعدد العقد ، ومقابل الأصح أنهما كالبستان الواحد (وإذا بقيت الثمرة) للبائع بشرط أو غيره (فإن شرط القطع لزمه) وفاء بالشرط ، وإنما يظهر هذا كما قاله الأذرعى فى منتفع به كحصرم لا فيما لا نفع فيه أو نفعه تافه (وإلا) بأن أطلق أو شرط الإبقاء وهو مزيد على المحرر والروضة وأصلها (فله تركها إلى) زمن (الجذاذ) نظرا للعادة فى الأولى وهو بفتح الجيم وكسرها و إهمال الدالين ، وإعجامهما القطع : أى زمنه المعتاد فيكلف حينئذ أخذها دفعة واحدة ولا ينتظر نهاية النضج وللشرط فى الثانية . نعم لو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعه قبل نضجه كاللوز الأخضر فى بلاد لاينتهى فيها كلف البائع قطعها على العادة ، ولا ترد هذه الصورة لأن هذا وقت جذاذها عادة ، وقد لاتلزم التبقية كأن تعذر السقى لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقائها أو أصابتها آفة ولم يبق فى تركها فائدة كما رجحه ابن الرفعة وغيره (ولكل منهما) أى المتبايعين إذا بقيت (السقى إن انتفع به الشجر والثمر) أو أحدهما (ولا منع للآخر) منه لعدم ضرره إذ المنع حينئذ سفه أو عناد ، وأفهم تعبير المهذب والوسيط بانتفاء ضرر الآخر عدم المنع عند انتفاء

(قوله فالأصح إفراد كل بستان بحكمه) وقع السؤال فى الدرس عن نخلة نبتت فى حائط بين بستانين هل تنسب إليهما أو إلى أحدهما أو مستقلة فإذا أبرت لم يتبعها ثمر البستانين . وأجبت عنه بأن الظاهر الثالث من الترديدات لأن إلحاق أحدهما بها دون الآخر تحكم فتكون ثمرتها للبائع وثمرة البستانين للمشترى (قوله وإنما يظهر هذا) أى لزوم القطع قد يشكل هذا على ماتقدم من أنه إذا باع الأرض وبها زرع شرط قطعه على البائع حيث يكلف قطعه وإن لم ينتفع به مع الفرق بينه وبين الثمرة المبيعة حيث اشترط كونها منتفعا بها بأن الزرع ليس مبيعا فلا يضر فيه ماذكر (قوله أو نفعه تافه) أى فيبطل البيع انتهى حج . ثم رأيت بهامش نسخة قديمة من شرح المنهج مانصه : لزمه قطعه وإن لم يبلغ قدرا ينتفع به كما اعتمده شيخنا الزيادى ونقله حج فى العباب انتهى . وهو قياس ماتقدم للشارح فى الجزة الظاهرة من غير القصب الفارسى (قوله وإعجامهما) وبإهمال أحدهما وإعجام الأخرى وبالعكس كما فى القطعة للأسنوى ، وبالزايين أيضا كما فى العلقمى (قوله أخذها دفعة واحدة) ظاهره وإن كانت العادة أخذه على التدريج فليراجع انتهى سم على منهج ، ومعلوم أن الكلام فيما لو حصل النضج المقتضى لقطعه عادة فى الجميع فلو حصل نضجه على التدريج كلف قطعه كذلك (قوله ولكل منهما الخ) فإن لم يأتمن أحدهما الآخر نصب

أفرد الخ ، ويتوهم منه خلاف الحكم وأن مالم يؤبر وإن أفرد يتبع المؤبر (قوله أو الحمل) أى كالتين ونحوه على مامر فيه وليس منه النخل وإن دل عليه السياق لئلا ينافى ما مر له (قوله وهو) أى الجذاذ ، وقوله أى زمنه تفسير للمراد من الجذاذ (قوله وللشرط فى الثانية) كان ينبغى تقديمه على قوله وهو القطع كما صنع الشهاب حج أو تأخير قوله نظرا للعادة إلى هنا (قوله عدم المنع عند انتفاء الضرر) أى على الآخر كما هو واضح ، وهو صادق بما إذا ضرّ الساقى أو نفعه أو لم يضره ولم ينفعه كما يصدق بما إذا كان الساقى البائع أو المشترى ، فتوقف الشيخ إنما هو فى بعض ما صدقات المسئلة وهو ما إذا كان الساقى البائع أو كان السقى يضره أو لا يضره ولا ينفعه ، وظاهر أنه يأتى فيما إذا كان الساقى المشترى والحالة ما ذكر . وأما إذا كان ينفع الساقى بائعا أو مشتريا فلا يتأتى فيه توقف الشيخ

الضرر والنفع لأنه تعنت ، وجرى عليه السبكى وغيره لكن توقف فيه الشيخ بأنه لاغرض للبائع حينئذ فكيف يلزم المشترى تمكينه ، وما قاله ظاهر وجرى عليه الوالد رحمه الله تعالى : ومقتضى مامر من التعليل أنه يمتنع على البائع تكاليف المشترى السقى ، وبه صرح الإمام لأنه لم يلتزم تنميتها فلتكن مؤنته على البائع ، وظاهر كلامهم تمكينه من السقى بما اعتيد سقيها منه وإن كان للمشترى كبئر دخلت فى العقد ، وليس فيه أنه يصير شارطا لنفسه الانتفاع بملك المشترى لأن استحقاقه لذلك لما كان من جهة الشرع اغتفروه ، وقضيته أن الكلام فى ثمرة غير مؤبرة شرطها البائع لنفسه (وإن ضرهما) كان لكل منع الآخر لأنه يضر صاحبه من غير نفع يعود إليه فهو سفه وتضييع و (لم يجز) السقى لهما ولا لأحدهما (إلا برضاهما) معا لأن الحق لهما فيمتنع على أحدهما الانفراد بذلك لإدخاله على صاحبه ضررا . لايقال : فيه إفساد للمال وهو حرام ولو مع تراضيهما : لأنا نقول : الإفساد غير محقق ولأن المنع لحق الغير ارتفع بالرضا ويبقى ذلك بالنسبة لتصرفه فى خالص ماله ، وهو ممتنع على الوجه المذكور لأنه إتلاف بفعل فأشبه إحراق المال ، أو يحمل كلامهم على ما إذا كان من وجه دون وجه وهذا أوضح (وإن ضر أحدهما) أى الشجر دون الثمر أو عكسه (وتنازعا) أى المتبايعان فى السقى (فسخ العقد) لتعذر إمضائه إلا

الحاكم أمينا ومؤنته على من لم يؤتمن ، شرح الإرشاد لشيخنا اهـ سم على منهج (قوله لما كان من جهة الشرع اغتفروه) قال حج : نعم يتجه أنه لايمكن من شغل ملك المشترى بمائه أو استعماله لماء المشترى إلا حيث نفعه وإلا فلا وإن لم يضر المشترى لأن الشرع لايبيح مال الغير إلا عند وجود منفعة به ، وإطلاقهم أنه لامنع مع عدم الضرر يحمل على غير ذلك انتهى . ومحل سقى البائع من البئر الداخلة فى البيع إن لم يحتج المشترى لماء البئر ليسقى به شجرا آخر مملوكا هو وثمرته له وإلا قدم المشترى ، ولو تلفت ثمرة البائع فإن أراد سقيه نقل إليه ماء من محل آخر لأن الماء مملوك للمشترى فهو أحق فليراجع ، فإن مقتضى قول المصنف الآتى ومن باع مابدا صلاحه لزمه سقيه قد يخالفه (قوله وقضيته الخ) أى قضية هذا الظاهر لكن قد يتوقف فى اختصاص الحكم بذلك ، بل الأقرب أن الثمرة متى بقيت للبائع ولو بعد التأبير بشرط أو بدونه كان له السقى على أن كون قضيته ماذكر قد يمنع (قوله وتنازعا الخ) وفى سم على منهج فرع : لو تشاحا فى عدد السقى المحتاج إليه روجع عدلان انتهى : أى فلو لم يوجدا فمن المصدق ، فيه نظر ، وينبغى إجابة مدعى الزيادة لأنها مظنة للتنمية والظاهر من حال مدعيها أن معه زيادة علم

كما لايخفى (قوله ومقتضى مامر من التعليل) صوابه ومقتضى كلام المصنف وعبارة التحفة وقضيته بضمير الغيبة الراجع إلى كلام المصنف إلا أنه ذكره عقب التعليل ، فكأن الشارح توهم رجوعه للتعليل لذكره عقبه فعبر عنه بما ذكره (قوله ويبقى ذلك بالنسبة لتصرفه فى خالص ماله) هذا الجواب للسبكى وهو المتشكل كما نقله عنه الشهاب حج فى تحفته كشرح الروض ، لكن عبارتهما فيه : ويبقى ذلك كتصرفه فى خالص ملكه ، ولا يخفى أن معناه أن رضا الآخر بالإضرار رفع حق مطالبته الدنيوية والأخروية وبقى حق الله تعالى فتصرفه فيه حينئذ كتصرفه فى خالص ملكه ، فالكلام إنما هو بالنسبة لملك الآخر خلاف قول الشارح ويبقى ذلك بالنسبة لتصرفه فى خالص ماله ، وهو يفيد مع مابعده أنه برضا الآخر ارتفع الحرج عنه فى ماله من جهة المطالبة ومن جهة حق الله تعالى ولم يبق إلا حكم تصرفه فى مال نفسه ، وهو ممتنع ولا يخفى بعده إذ أقل المراتب أن يجعل مال غيره بالإذن فى إتلافه كمال نفسه فى حكمه (قوله وهو ممتنع) أى إلا أنه لايضر فى الجواب لأن هذا منع آخر غير الذى رفعه التراضى

بإضرار أحدهما والفاسخ له المتضرر كما يؤخذ من غضون كلامهم واعتمده الوالد رحمه الله تعالى وقيل الحاكم وجزم به ابن الرفعة وصححه السبكى ، وقيل كل من العاقدين واستظهره الزركشي وشمل قوله وإن ضرهما مالو كان السقى مضرا بأحدهما ومنع تركه حصول زيادة للآخر لاستلزام منع حصولها له انتفاعه بالسقى ، وذكر فى الروضة فيه احتمالين للإمام (إلا أن يسامح) المالك المطلق التصرف (المتضرر) فلا فسخ ويأتى هنا مامر من الإشكال والجواب ومنع بعضهم مجيئه هنا لما فى هذا من الإحسان والمسامحة . وهذا يقدح فيما مر أيضا (وقيل) يجوز (لطالب السقى أن يسقى) ولا اعتبار بالضرر لدخوله فى العقد عليه (ولو كان الثمر يمتص رطوبة الشجر لزم البائع أن يقطع) الثمر (أو يسقى) الشجر دفعا لضرر المشترى .

فصل فى بيان بيع الثمر والزرع وبدو صلاحهما

(يجوز بيع الثمر بعد بدو) أى ظهور (صلاحه مطلقا) أى من غير شرط قطع ولا إبقاء ، ويستحق فى هذه الإبقاء إلى أوان الجذاذ كحالة شرط الإبقاء (وبشرط قطعه و) بشرط (إبقائه) سواء أكانت الأصول لأحدهما أم لغيره للخبر المتفق عليه « أنه صلى الله عليه وسلم نهى المتبايعين عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها » ومفهومه الجواز بعد بدوه مطلقا لأمن العاهة حينئذ غالبا لغلظها وكبر نواها وقبله تسرع إليه لضعفه فيفوت بتلفه الثمن ، وبه يشعر قوله صلى الله عليه وسلم « أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه » (وقبل الصلاح إن بيع)

(قوله من غضون كلامهم) أى خفايا كلامهم وهو من إضافة الصفة للموصوف أى من كلامهم الخفى (قوله واعتمده الوالد الخ) .

[فرع] لو هجم من ينفعه السقى وسقى قبل الفسخ إما لعدم علم الآخر وإما لتنازعهما وتولد منه الضرر فهل يضمن أرش النقص أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لحصوله بفعل هو ممنوع منه (قوله فيه احتمالين) أرجحهما أنه لم يجز إلا برضاهما .

(فصل) فى بيان بيع الثمر والزرع

(قوله وبدو صلاحهما) أى وما يتبع ذلك كحكم اختلاط الحادث بالموجود (قوله ويستحق فى هذه) وينبغى أنه لو قال المشترى فى هذه قبلت بشرط الإبقاء الصحة لتوافق الإيجاب والقبول معنى (قوله لأحدهما الخ) ومنه كون الشجر للمشترى (قوله المتفق عليه) أى من البخارى ومسلم كما هو اصطلاح المحدثين حيث قالوا متفق عليه ونحوه (قوله لأمن العاهة) أى لمريدى البيع (قوله لغلظها) علة لقوله لأمن الخ (قوله أرأيت) أى أخبرنى

(قوله وشمل قوله وإن ضرهما) عبارة شرح الروض : وشمل كلام المصنف يعنى قوله وإن ضر أحدهما ونفع الآخر مالو ضر السقى أحدهما ومنع تركه حصول زيادة للآخر الخ ، فكلامه إنما هو فى تضرر أحدهما فقط ، وإنما احتاج لقوله لاستلزام الخ لأجل قول الروض ونفع الآخر ، فهو غير محتاج له فى عبارة الشارح لحذف المعطوف فى عبارة المنهاج بل لا معنى له هنا فتأمل .

(فصل) فى بيان بيع الثمر والزرع

(قوله لغلظها) يعنى الثمرة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الثمر الذى لم يبد صلاحه وإن بدا صلاح غيره المتحد معه نوعا ومحلا (منفردا عن الشجرة) وهو على شجرة ثابتة (لايجوز) أى لايصح البيع ويحرم (إلا بشرط القطع) حالا ، وهو بمعنى قول ابن المقرى منجزا للخبر المذكور فإنه يدل بمنطوقه على المنع مطلقا خرج المبيع المشروط فيه القطع بالإجماع فبقى ماعداه على الأصل ولا يقوم اعتياد قطعه مقام شرطه ، وللبائع إجباره عليه ، فإن لم يطالبه به لم يستحق عليه أجرة عن ذلك لغلبة المسامحة به ، ولو تراضيا بإبقائه مع شرط قطعه جاز ، والشجرة أمانة فى يد المشترى لتعذر تسليم الثمرة بدونها ، بخلاف ما لو باع نحو سمن وقبضه المشترى فى ظرف البائع فإنه مضمون عليه لتمكنه من التسلم فى غيره . أما بيع ثمرة على شجرة مقطوعة أو جافة دونها فيجوز بلا شرط قطع لأن الثمرة لاتبقى عليها فنزل ذلك منزلة شرط القطع ، وخرج بقوله إن بيع مالو وهب مثلا فلا يجب شرط القطع فيه ، وكذا الرهن كما يأتى قبيل بحث من استعار شيئا ليرهنه (و) بشرط (أن يكون المقطوع منتفعا به) كلوز وحصرم وبلح فيجوز حينئذ ، ودخل فى المستثنى منه ماينتفع به وبيع بغير شرط القطع أو بيع بشرطه مطلقا كأن شرط القطع بعد يوم لأن التعليق يتضمن التبقية ، وما (لا) ينتفع به

ولا جواب له إلا نحو لا وجه لاستحقاقه ، ويترتب على ذلك عدم صحة البيع (قوله ثابتة) أى رطبة أخذا مما يأتى (قوله إلا بشرط القطع) أى للكل اه حج : وهو مأخوذ من قول الشارح الآتى : وليس لأحد الشريكين شراء نصيب شريكه من الثمر قبل بدوّ صلاحه . وفى حج أيضا : وورق التوت قبل تناهيه كالثمر قبل بدوّ الصلاح وبعده كهو بعده اه (قوله حالا) أى سواء تلفظ بذلك أو شرط القطع وأطلق فيه فإنه يحمل على الحال (قوله بالإجماع) أى إجماع الأئمة (قوله وللبائع) أى يجوز له (قوله إجباره عليه) قال فى الروض : وإن شرط وترك عن تراض فلا بأس اه سم على حج : وهو بمعنى قول الشارح ولو تراضيا بإبقائه الخ (قوله لم يستحق عليه أجرة) أى ولا إثم عليه بعدم القطع كما أشعر به قوله لغلبة الخ (قوله لتعذر تسليم الثمرة) أى حيث تراضيا كما هو الغرض من بقاء الثمرة وهو ظاهر ، وكذا لو خلى بينه وبينها لأن دخولها فى يده ضرورى فى تمكينه من قطع الثمرة الذى هو على المشترى : وأما فى السمن فقبضه إنما هو بالنقل وهو ممكن بتفريغ البائع له فى إناء غيره (قوله لتمكنه) أى المشترى (قوله أما بيع ثمرة على شجرة) محترز وهو على شجرة ثابتة (قوله فنزل ذلك الخ) يؤخذ منه جواز شرط القطع اه سم على حج . ويجب الوفاء به لتفريغ ملك البائع . وبقى مالو كانت مقلوعة وأعادها البائع أو غيره وحلتها الحياة هل يكلف المشترى القطع أولا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن شراء الثمرة وهى مقطوعة ينزل منزلة شرط القطع فيكلفه وإن أعيدت . وبقى أيضا مالو كانت الشجرة جافة ولم تقطع ثم باع الثمرة التى عليها من غير شرط قطع ثم حلتها الحياة فهل يكلف القطع أو يتبين بطلان البيع من أصله ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه بناه على ظن وهو موتها فتبين خطؤه لأن عود الحياة إليها علامة ظاهرة على أن عروقها كانت حية (قوله وكذا الرهن) ووجه جواز ذلك فيهما بدون شرط القطع أنه بتقدير تلف الثمرة بعاهة لايفوت على المتهم شىء فى مقابلة الثمرة ، وكذا المرتهن لايفوت عليه إلا مجرد التوثق ودينه باق بحاله ، بخلاف البيع فإنه بتقدير تلف الثمرة بعاهة يضيع الثمن لافى مقابلة شىء فاحتيج فيه لشرط القطع ليأمن من ذلك (قوله وحصرم) كزبرج الثمر قبل النضج ، وأول العنب مادام أخضر اه قاموس (قوله وبيع بغير شرط القطع) أى فإنه باطل (قوله كأن شرط القطع بعد يوم) هذا وإن لم يكن

(قوله وللبائع إجباره عليه) أى فيما إذا كان الشجر له بدليل مابعده وليراجع الحكم فيما إذا كان الشجر للغير (قوله لتمكنه من التسلم فى غيره) أى مع جريان العادة بذلك حتى لايرد مامر فى أوائل البيع فى كوز السقاء فليراجع (قوله أو بيع بشرطه معلقا) المناسب لقوله فيما مرّ حالا أن يقول هنا مؤجلا وهو تابع فى هذا التعبير

(ككمثرى) وجوز لا يصح بيعه لانتفاء شرطه وإن شرط القطع وذكر هذا الشرط المعلوم من شروط البيع قال الشارح: للتنبيه عليه ، وأجاب بعضهم بأنه إنما ذكره هنا لأن هذا الشرط المذكور ثم يكفى أن يكون حالا أو مآلا كالجحش الصغير وهنا يشترط أن يكون حالا اهـ. وإنما لم يكف هنا لعدم ترقبها مع وجود شرط القطع فلذلك اشترطت حالا. والحاصل أن الشرط هنا وثم أن يكون فيه منفعة مقصودة لغرض صحيح . وأما افتراقهما فى كون المنفعة قد تترقب ثم لا هنا فغير مؤثر للاستحالة التى ذكرناها (وقيل إن كان الشجر للمشترى) والثمر للبائع كأن وهبه أو باعه بشرط قطعه ثم اشتراه منه أو باعها الموصى له من الوارث (جاز) بيع الثمرة له (بلا شرط) للقطع لاجتماعهما فى ملك شخص واحد فأشبه مالو اشتراهما معا ، وصحح هذا الوجه الرافعى والمصنف فى المساقاة ، لكن المعتمد ماهنا لعموم النهى والمعنى إذ المبيع الثمرة ، ولو تلفت لم يبق فى مقابلة الثمن شىء كما مر (قلت : فإن كان الشجر للمشترى وشرطنا القطع) كما هو الأصح (لم يجب الوفاء به ، والله أعلم) إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره ، وليس

تعليقا صريحا لكنه تعليق معنى لأنه فى قوة قوله إذا جاء الغد فاقطع الثمرة (قوله ككمثرى) أى قبل بدو صلاحه (قوله لا يصح) خبر لقوله وما لا ينتفع به (قوله لانتفاء شرطه) وهو كونه منتفعا به (قوله وهنا يشترط أن يكون حالا) ظاهره عدم الصحة ، ولو باعه لمالك الشجرة ولكن المشترى لا يريد إفساد ماله ، وفى هذه صار متمكنا من إبقائه فلا ييأس من النفع فى المآل فالقياس فيه الصحة حينئذ ، ومقتضى إطلاقهم يخالفه ، ويمكن توجيه مقتضى الإطلاق بأن شرط القطع ترتب القطع عليه حالا فعمل بذلك (قوله وإنما لم يكف هنا لعدم ترقبها) ينشأ منه المناقشة فى نتيجة جوابه ، وذلك لأنه إذا عدم ترقبها كانت معدومة حالا ومآلا فلا حاجة حينئذ إلى كون الشرط المنفعة حالا لأن ذلك إنما يحسن لو كانت المنفعة متحققة مآلا لكنها لم تعتبر ، وليس كذلك كما تقرر ، فالوجه أن الشرط فى المبيع هنا وثم المنفعة حالا أو مآلا ، ولكن لم يتحقق هذا الشرط فى نحو الكمثرى ، إذ هو غير منتفع به مطلقا . أما حالا فظاهر ، وأما مآلا فلأنه لا يبقى إلى أن يتهيأ للانتفاع لوجوب قطعه بمقتضى الشرط فلذا بطل البيع فيه ، فبطلانه فيه لانتفاء منفعته مطلقا لا لانتفائها حالا مع وجودها مآلا ، والمعتبر إنما هو الحال لا المآل ، فقوله فلذلك اشترطت حالا الذى تبعه غيره فيه وجعله هو الجواب عن الاعتراض على المصنف غير محرر فتأمل ذلك فإنه مما يخفى اهـ سم على حج . أقول : وقد يؤخذ من قول الشارح والحاصل أن الخ أن المنفعة المالية منتفية هنا للاستحالة التى ذكرها فإن المراد من ذكره أن المنفعة المرادة هنا الحالية لعدم وجود غيرها (قوله ترقبها) أى المنفعة المالية (قوله التى ذكرناها) أى فى قوله لعدم ترقبها الخ (قوله كأن وهبه) أى ولو بلا شرط قطع (قوله ثم اشتراه) قد يقال كيف يصح شراؤه منه قبل قبضه المتوقف على قطعه إلا أن يجاب بما مر عن الجواهر من حصول قبضه بالتخلية اهـ سم على حج (قوله لكن المعتمد ماهنا) أى من عدم الصحة بدون شرط القطع (قوله وشرطنا القطع)

لشرح الروض ، وهو إنما عبر به لتعبير الروض بمنجز كما مر (قوله وإنما لم يكف هنا) يعنى النفع مآلا ، وكان يجب ذكره وترك ذكره تبعا لعبارة الشهاب حج ، لكن ذاك قدم فى كلامه مرجع الضمير (قوله والحاصل الخ) لا معنى لهذا الحاصل هنا وهو تابع فى ذكره للشهاب حج ، لكن ذاك إنما ذكره لأنه اقتصر على الجواب الأول ، ثم أورد عليه معنى الجواب الثانى فى صورة سؤال ثم دفعه ، ثم أردف الدفع بهذا الحاصل فهو حاصل دفع الجواب الثانى لا حاصله هو وعبارته ، وذكر هذا هنا لأنه قد يغفل عنه وإلا فهو معلوم مما مر فى البيع . فإن قلت : لا نسلم علمه منه لأنه يكفى ثم المنفعة المترقبة كما فى الجحش الصغير لا هنا . قلت : إنما لم يكف هنا لعدم ترقبها مع وجود شرط القطع فلذلك اشترطت حالا فالحاصل الخ

لأحد الشريكين شراء نصيب شريكه من الثمر قبل بدوّ صلاحه بنصيبه من الشجر إلا بشرط القطع كغير الشريك وتصيير كل الثمرة له وكل الشجر للآخر ، فيتعين على المشترى قطع جميع الثمرة لأنه التزم بذلك قطع ما اشتراه وتفريغ الشجر لصاحبه ، وإن اشترى نصيب شريكه من الثمر بغير نصيبه من الشجر لم يصح وإن شرط القطع لتكليف المشترى قطع ملكه عن ملكه المستقر له قبل البيع (وإن بيع) الثمر (مع الشجر) بثمن واحد (جاز بلا شرط) لتبعية الثمر هنا للشجر الذى لاتعرض له عاهة ، ومن ثم لو فصل الثمن وجب شرط القطع لزوال التبعية ، ونحو بطيخ وباذنجان كذلك على المنقول المعتمد كما جزم به صاحب الحاوى والأنوار . وصححه السبكى والأسنوى وغيرهما ، ونقله ابن المقرى فى شرح إرشاده عن الأكثرين فلا يجب شرط القطع فيه إن بيع مع أصله وإن لم يبع مع الأرض (ولا يجوز) بيعه (بشرط قطعه) عند اتحاد الصفقة لأن فيه حجرا على المشترى فى ملكه ، وفارق بيعها من صاحب الأصل بأنها هنا تابعة فاغتفر الغرر كأس الجدار ، ولو استثنى البائع الثمرة غير المؤبرة لم يجب شرط القطع لأنه فى الحقيقة استدامة لملكها فله الابقاء إلى أوان الجذاذ ، ولوصرح بشرط الإبقاء جاز كما فى الروضة ، وهو أحد نصى الشافعى رضى الله عنه كما أفاده البلقينى ، ولم يطلع بعضهم على هذا النص فزعم أن المنصوص خلافه ، ولو باع نصف الثمر على الشجر مشاعا قبل بدوّ الصلاح من مالك الشجر أو من غيره بشرط القطع صح خلافا لما فى الأنوار إن قلنا إن القسمة إفراز وهو الأصح بإمكان قطع النصف بعد القسمة فإن قلنا إنها بيع لم يصح لأن شرط القطع لازم له على رأى مرجوح فى بيعه من مالك الشجر ، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل فيتضرر

أى قلنا باشتراطه وشرطه البائع على المشترى فلا يقال مجرد القول باشتراطه لايترتب عليه قوله لم يجب الوفاء به (قوله إلا بشرط القطع) أى فيصح (قوله قطع ما اشتراه) أى وما كان فى ملكه قبل ، لأن قطع ما اشتراه لايتأتى إلا بقطع ذلك (قوله بغير نصيبه) كدراهم (قوله لم يصح) وكذا لو اشترى نصيب شريكه من الزرع بغير نصيبه من الأرض لم يصح للعلة المذكورة ، بخلاف ما لو اشتراه بنصيبه من الأرض فإنه يجوز ويلزمه القطع (قوله المستقر له) أى لملكه (قوله وجب شرط القطع) أى ولا يجب الوفاء به لاجتماعهما فى ملك المشترى ، ولا معنى لتكليف قطع ثمره عن شجره (قوله إن بيع مع أصله) بخلاف مالو بيع مع الأرض دون أصله ، فلا بدّ من شرط القطع لانتفاء التبعية (قوله وفارق بيعها) أى الثمرة (قوله غير المؤبرة) أى أو التى لم تظهر فى نحو التين حيث لم يغلب اختلاط الحادث بالموجود أخذا مما مر فى شرح قوله وأصول البقل الخ من قوله والثمرة الظاهرة والجزة الموجودة للبائع (قوله من مالك الشجر) لايقال هذه مناقضة لما مر فى قوله وإن اشترى نصيب شريكه من الثمر الخ لأن ماهنا مصور بما إذا كانت الثمرة مشتركة والشجر كله للمشترى ، بخلاف ما مر فإن الشجر مشترك بينهما كالثمر (قوله بشرط القطع صح) أى إن كان المبيع رطبا أو عنبا لإمكان قسمته بالخرص بخلاف غيرهما من سائر الثمار سم على حج بالمعنى . أقول : وينبغى أن يلحق بهما البسر والحصرم بل وبقية أنواع البلح وإن كان صغيرا لأن القسمة تعتمد الرؤية ولا تتوقف على الخرص ، وإنما توقف على الخرص فى العرايا لأن بيع الرطب بالتمر يحوج إلى تقديره تمرا ، وما هنا ينظر إلى حاله الذى هو عليه وقت القسمة لاغير (قوله إن قلنا القسمة) أى قسمة الثمر المذكور (قوله فإن قلنا الخ)

(قوله لازم له) أى للبيع ، وأما قوله على رأى مرجوح فغير صحيح وهو غير مذكور فى عبارة الروض وشرحه المنقولة منهما عبارة الشارح ، ولا يصح أن يرجع إلى قوله فإن قلنا إنها بيع لأنه ينافيه قوله بعده فى بيعه من مالك

البائع بقطع غير المبيع ، فأشبه ما إذا باع نصفا معينا من سيف وبعد بدوّ الصلاح يصح إن لم يشرط القطع فإن شرطه جاء فيه ماتقرر ، ويصح بيع نصف الثمر مع الشجر كله أو بعضه ويكون الثمر تابعا ، وقضيته عدم الفرق بين شرط قطعه وعدمه ، ولا يعارضه مامرفيما لو باع جميع الثمر مع الشجرمن أنه لايجوز شرطالقطع لانتفاء القسمة ثم إذ الثمر كله للمشترى بخلافه هنا (ويحرم) ولا يصح (بيع الزرع الأخضر) وإن كان بقلا لم يبد صلاحه (فى الأرض إلا بشرط قطعه) أو قلعه كما فى المحرر للنهى فى خبر مسلم عن ذلك ، فإن باعه وحده من غير شرط قطع أو قلع لم يصح البيع ويأثم لتعاطيه عقدا فاسدا (فإن بيع معها) أى الأرض (أو) بيع وحده بقل بعد بدوّ صلاحه أو زرع (بعد اشتداد الحب) أو بعضه ولو سنبلة واحدة كاكتفائهم فى التأبير بطلع واحد وفى بدوّ الصلاح بحبة واحدة (جاز بلا شرط) كبيع الثمرة مع الشجرة فى الأول وكبيع الثمرة بعد بدوّ الصلاح فى الثانى ؛

ضعيف (قوله وبعد بدو الصلاح) محترز قوله وقبل بدو الصلاح (قوله جاز فيه ماتقرر) أى من الفرق بين بيعه مع الشجر ومنفردا (قوله ويصح بيع نصف الثمر الخ) قال فى العباب : ولو باع مستأجر أرض فى أثناء المدة نصف زرعه الأخضر فيها لأجنبى أو للمالك بطل وإن شرط القطع اهـ . أقول : يتأمل وجه البطلان ، ولعله أنا إذا قلنا بالصحة وكلف المشترى قطع ما اشتراه لايمكنه ذلك إلا بقطع نصيب البائع وهو يؤدى إلى تكليف قطع ملكه عن ملكه ، وهذا ظاهر إذا لم تمكن قسمته ، فإن أمكنت اتجه صحة البيع لانتفاء هذا المحذور (قوله أو بعضه) ظاهره وإن كان البعض دون النصف وفيه نظر فإن مازاد من الثمر على البعض المبيع من الشجر لايكون تابعا فينبغى تقييده بما إذا كان البعض من الشجر النصف (قوله إلا بشرط قطعه) فإذا باعه بشرط قطعه فأخلف بعد قطعه فما أخلفه للبائع ، بخلاف مالو باعه بشرط قلعه فقطع فإن ما أخلفه للمشترى .

[فرع] المتجه جواز بيع نحو القصب والخس مزروعا إذا لم يستر فى الأرض منه إلا الجذور التى لاتقصد للأكل منه مر انتهى سم على حج : وقول ابن قاسم : فإن ما أخلفه للمشترى ، وأما إذا باعه أصول نحو بطيخ أو قرع أو نحوه قبل بدوّ صلاحه وحدثت هناك زيادة بين البيع والأخذ فهى للمشترى سواء شرط القلع أو القطع ، وبه تعلم المخالفة بين أصول الزرع ونحو البطيخ ، والفرق بينهما أن الكل فى الأول مقصود بخلاف الثانى فإن المقصود منه إنما هو الثمر لا الأصول ، وقوله إلا بشرط قطعه : أى فإنه يصح حيث كان المقطوع منتفعا به ، وقال سم على حج خرج ما إذا لم يشرط القطع فيما بعد بدوّ الصلاح فيصح لانتفاء المحذور انتهى (قوله جاز بلا شرط) وعليه فتدخل أصوله فى البيع عند الإطلاق ، فلو زاد أو قطع أو أخلف فالزيادة وما أخلفه للمشترى ، ومنه ما اعتيد بمصرنا من بيع البرسيم الأخضر بعد تهيئه للرعى فيصح بلا شرط قطع والربة التى تحصل منه بعد الرعى أو القطع تكون للمشترى حيث لم يكن أصلها مما يجز مرة بعد أخرى وإلا فلا يدخل فى العقد إلا الجزة الظاهرة كما علم من قوله السابق وأصول البقل الخ ، والطريق فى جعلها للبائع أن يبيع بشرط القطع فإنه حينئذ تكون الزيادة حتى السنابل للبائع ، ومن الزيادة الربة التى تخلف بعد القطع أو الرعى ، وعليه فلو مضت مدة بلا قطع وحصل زيادة واختلفا فى الزيادة تخير المشترى إن لم يسمح له البائع بها ، فإن أجاز أو أخر الفسخ مع العلم سقط خياره فالمصدق فى قدر الزيادة ذو اليد وهو البائع قبل التخلية والمشترى بعدها ، والطريق فى جعل الزيادة أيضا للمشترى

الشجر (قوله وإن كان بقلا) أى فالمراد بالزرع هنا ماليس بشجر كما أفصح به الأذرعى وغيره ، وقوله لم يبد صلاحه إنما قيد به لأنه هو الذى يشترط فى صحة بيعه هذا الشرط ، وأما بعد بدوّ صلاحه فسيأتى أنه لايشترط فيه

وما أفهمه كلام المصنف من جواز بيعه معها بشرط قطعه أو قلعه ليس بمراد كما استفيد من قوله قبيله ، ولا يجوز بشرط قطعه ، وسيأتى أن مايغلب اختلاطه وتلاحقه لابد فى صحة بيعه من شرط قطعه مطلقا (ويشترط لبيعه) أى الزرع بعد الاشتداد (وبيع الثمر بعد بدوّ الصلاح ظهور المقصود) منه لئلا يكون بيع غائب (كتين وعنب وشعير) لظهوره فى سنبله ، ويجرى ذلك فى كل مايظهر ثمره أو حبه (ومالايرى حبه كالحنطة والعدس) بفتح الدال والسمسم (فى السنبل لايصح بيعه دون سنبله) لاستتاره (ولا معه فى الجديد) لأن المقصود مستتر بما ليس من مصالحه : ومثل ذلك جوز القطن قبل تشققه وبزر الكتان فى جوزه ، والقديم الجواز لما روى مسلم عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنبل حتى يبيض : أى يشتد فيجوز بعد الاشتداد . وأجاب عنه الشارح بأنه فى سنبل الشعير جمعا بين الدليلين والأرز كالشعير ، وقيل كالحنطة . والذرة نوعان : بارز الحبات كالشعير ، وفى كمام كالحنطة ، ومثلها فى ذلك الدخن . قال بعضهم : والمرئى إنما هو بعض حباته . قال القاضى : ومع ذلك فالقياس الصحة كما يصح بيع نحو بصل ظهر بعضه اهـ . قيل ويرد بأن القياس فيهما تفريق الصفقة فيصح فى المرئى فقط إن عرف بقسطه من الثمن ، هذا والأوجه فيه عدم الصحة فى الجميع ، إذ شرط التوزيع إمكان العلم بما يخص كلا من الثمن وهو مفقود هنا ، ولا يصح بيع الجزر والفجل ونحوه كالثوم والقلقاس والبصل فى الأرض لاستتار مقصودها ، وعدّ الروضة معها السلق محمول على أحد نوعيه ، وهو مايكون مقصوده مغيبا فى الأرض . أما مايظهر مقصوده على وجهها وهو المعروف بأكثر بلاد مصر والشام فيجوز بيعه كالبقل ، ويجوز بيع ورقها الظاهر بشرط قطعه كالبقول ، وفى الأنوار لايجوز بيع الجوز فى قشرته العليا مع الشجر : وقياسه امتناع بيع القطن

أن يبيعه بشرط القطع ثم يؤجره الأرض أو يعيرها له (قوله وما أفهمه الخ) أى حيث قال جاز بلا شرط اهـ سم على حج (قوله مطلقا) ينبغى أن معناه سواء بدا صلاحه أم لا لأن معناه سواء بيع مع أصله أو وحده لظهور انتفاء المحذور إذا بيع مع أصله فلا حاجة لشرط القطع اهـ سم على حج (قوله وشعير) قضيته أنه نوع واحد ، والمشاهد فيه أنه نوعان : بارز وغيره ، ويسمى عند العامة شعير النبى فهو كالذرة ، ولعله لم يذكر أنه نوعان لأن الغالب فيه رؤية حبه ، وفى سم على حج ينبغى فى الشعير أنه لابد من رؤية كل سنبلة ، ولا يقال رؤية البعض كافية ، وذلك كما لو فرقت أجزاء الصبرة لايكفى رؤية بعضها فليتأمل اهـ (قوله فالقياس الصحة) أى فى الأرز والشعير والذرة والدخن وهو معتمد (قوله بأن القياس فيهما) أى فى البصل والدخن (قوله والأوجه فيه) أى فى المقيس عليه (قوله وهو مفقود هنا) أى فى البصل كما يشعر به إفراد الضمير فى هنا وتثنيته فى قوله فيهما ، وعليه فيمكن الفرق بين رؤية بعض البصل وبعض الحبّ بأن الغالب أن السنبلة الواحدة لايختلف حبها ، فرؤية بعض الحب تدل على باقيه ، ورؤية الظاهر من البصل لاتدلّ على باقيه ، ولا يشكل الاكتفاء برؤية بعض الحب هنا بما قدمناه عن سم من أنه لابد من رؤية جميع السنابل لأن الاختلاف يقع بين بعض السنابل مع بعض كثيرا ولا كذلك حبات السنبلة الواحدة . هذا وقوله والأوجه فيه الخ لايخالف ما قبله ، فإن قائله قيده بقوله إن عرف ، ومفهومه أنه لو لم يعرف لم يصح غايته أن ما قاله الشارح يفيد أنه لايعرف أصلا ، بخلاف ماقبله فإنه يفيد الصحة بتقدير معرفته (قوله السلق) هو بكسر السين شرح الروض (قوله ويجوز بيع ورقها) أى المذكورات من الجزر والفجل الخ (قوله وقياسه امتناع بيع القطن) تقدم له الجزم به بعد قول المصنف وبعد التأثر للبائع الخ

ذلك لكن فى عبارته إبهام ، والمراد ببدوّ صلاح البقل طوله كما قاله الماوردى (قوله والمرئى إنما هو بعض حباته) أى الدخن أى كما هو صريح عبارة التحفة ، وظاهر أن الكلام فى النوع المرئى منه الذى هو كالشعير وإلا فغيره يبطل

قبل تشققه ولو مع شجره (ولا بأس بكمام) وهو بكسر أوله وعاء الطلع وغيره (لايزال إلا عند الأكل) بفتح الهمزة، وأما مضمومها فهو المأكول كرمان وموز وبطيخ وباذنجان وطلع نخل لأن بقاءه فيه من مصالحه، ومثل ذلك مايكون بقاؤه فيه سببا لادخاره كأرز وغلس، ومن ذهب إلى أن الأرز كالشعير لعله باعتبار نوع كذلك، وإنما لم يصح السلم فى الأرز والعلس كما سيأتى فى بابه لأن البيع يعتمد المشاهدة، بخلاف السلم فإنه يعتمد الصفات، وهى لاتفيد الغرض فى ذلك لاختلاف القشر خفة ورزانة، ولأن السلم عقد غرر فلا يضم إليه غرر آخر من غير حاجة، ويشهد لذلك أن المعجونات لايصح السلم فيها قطعا، ولا خلاف فى جواز بيعها، ومانقل عن فتاوى المصنف من صحة السلم فى الأرز على الأصح محمول على المقشور (وماله كمامان) مثنى كمام استعمالا له فى المفرد مجازا، إذ هو جمع كمامة أوكم بكسر أوله، فقياس مثناه كمان أو كمامتان (كالجوز واللوز والباقلا) بتشديد اللام مع القصر، ويكتب بالياء وبالتخفيف مع المدّ ويكتب بالألف، وقد يقصر القول (يباع فى قشره الأسفل) إذ بقاؤه فيه من مصالحه (ولا يصح فى الأعلى) لا على الشجر ولا على الأرض لاستتاره بما ليس من مصلحته، وفارق صحة بيع القصب فى قشره الأعلى بأن قشره ساتر لجميعه وقشر القصب لبعضه غالبا، فرؤية بعضه دالة على باقيه، وما فرق به أيضا من كون قشره الأسفل قد يمصّ معه فصار كأنه فى قشر واحد كالرمان محل نظر، إذ قشرة كل منهما السفلى قد تؤكل معه، وزعم بعضهم أن الأوجه أن محل الكلام فى باقلا لايؤكل معه قشره الأعلى وإلا جاز كبيع اللوز فى قشره الأعلى قبل انعقاد الأسفل لأنه مأكول كله، وظاهر كلامهم يخالفه (وفى قول يصح بيعه فى الأعلى (إن كان رطبا) لحفظه رطوبته فهو من مصلحته ورجحه كثيرون فى الباقلا بل نقله الرويانى عن الأصحاب والأئمة الثلاثة، والإجماع الفعلى عليه وما حكاه جمع من أن الشافعى أمر الربيع بشرائه له ببغداد معترض بأن الربيع لم يصحبه بها وبفرض صحته فهو مذهبه القديم، وقد بالغ فى الأم فى تقرير عدم صحة بيعه، وسيأتى فى إحياء الموات الكلام على الإجماع الفعلى، وإلحاق اللوبيا بذلك مردود بأنها مأكولة كلها كاللوز قبل انعقاد

(قوله ولا بأس) أى لايضرّ (قوله ومن ذهب الخ) وعليه يحمل قوله السابق والأرز كالشعير الخ (قوله فى جواز بيعها) أى بالدراهم (قوله القول) بدل من الباقلا (قوله وفارق صحة بيع القصب) ينبغى ولو مزروعا لأن مايستتر منه فى الأرض غير مقصود غالبا كما مر، وفى فتاوى السيوطى فى باب الشركة وشراء القلقاس وهو مدفون فى الأرض باطل، وكذا القصب فى الأرض إن كان مستورا بقشره وإلا يصح اهـ. وما ذكره فى القصب فيه نظر اهـ سم على حج (قوله إذ قشرة كل منهما) أى الجوز والباقلا (قوله وزعم بعضهم) أى حج (قوله وظاهر كلامهم يخالفه) الأقرب ما قاله حج وقال: يدل له عدم ظهور الفرق بين اللوز الأخضر والفول المذكور فإنه قبل انعقاد الحب لايؤكل إلا مع قشره عادة (قوله بأن الربيع لم يصحبه بها) أى الربيع بن سليمان المرادى راوى الأم وغيره من كتب الشافعى، قال الإمام فيه أنه أحفظ أصحابى، رحلت الناس إليه من أقطار الأرض ليأخذوا عنه علم الشافعى فهو المراد عند الإطلاق، وأما الربيع الجيزى فلم ينقل له عن الشافعى إلا كراهة القراءة بالألحان وأن الشعر يطهر

بيعه مطلقا (قوله وعاء الطلع) أى فالمراد بالكمام هنا المفرد تجوّزا نظير ماسيأتى قريبا (قوله إذ قشرة كل منهما) انظر مامرجع الضمير فإن كان الثلاثة المذكورة فى المتن بجعلها قسما والقصب ففيه نظر ظاهر لأن الكلام فى الجوز واللوز بعد الانعقاد، وإن كان مرجعه الباقلا والقصب فهذا البعض الذى أشار إليه وهو الشهاب حج قائل بصحة بيع الباقلا فى قشرها الأعلى إذا أكل معها كما سيأتى عنه أيضا، على أنه وإن لم يقل به فالفرق بينهما وبين

الأسفل . قال ابن الرفعة : والكتان إذا بدا صلاحه يظهر جواز بيعه لأن ما يغزل منه ظاهر والساس فى باطنه كالنوى فى التمر ، لكن هذا لا يتميز فى رأى العين بخلاف التمر والنوى اه . والأوجه أن محله أخذا مما مر ما لم يبع مع بزره بعد بدوّ صلاحه وإلا فلا يصح كالحنطة فى سنبلها (وبدوّ صلاح التمر ظهور مبادئ النضج والحلاوة) بأن يتموه ويلين كما فى المحرر وغيره ، قال الشارح : وكأن المصنف رأى فى إسقاطه أنه لا حاجة إليه مع ما قبله : أى يصفو ويجرى فيه الماء (فيما) متعلق ببدوّ وظهور (لا يتلون وفى غيره) وهو ما يتلون بدوّ صلاحه (بأن يأخذ فى الحمرة أو السواد) أو الصفرة ويؤخذ من تقرير كلامهم أن المدار على التهيؤ لما هو المقصود منه أن نحو الليمون مما يوجد تموهه المقصود منه قبل صفرته يكون مستثنى مما ذكر فى المتلون ، وبدوّه فى غير الثمرة باشتداد الحب بأن يتهيأ لما هو المقصود منه وكبر القثاء بأن تجنى للأكل غالبا وتفتح الورد ، وضابط ذلك أن يبلغ حالة يطلب فيها غالبا ، وأصل ذلك تفسير أنس الراوى للزهو فى خبر « نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو » بأن تحمرّ أو تصفرّ (ويكفى بدو صلاح بعضه) حيث كان متحد الجنس ولو اختلفت أنواعه كما هو ظاهر كلام الرافعى ، وقياسا على ما مر فى التأبير خلافا لظاهر كلام القاضى أبى الطيب (وإن قل) كحبة واحدة من عنب أو بسر أو نحوه لأن الله تعالى امتنّ علينا بطيب الثمار على التدريج إطالة لزمن التفكه ، فلو شرط طيب جميعه لأدى إلى أن لا يباع شيء لأن السابق قد يتلف أو تباع الحبة بعد الحبة وفى كل حرج شديد (ولو باع ثمر بستان أو بستانين بدا صلاح بعضه) واتحد جنسه وعقده (فعلى ما سبق فى التأبير) فيتبع ما لم يبد صلاحه ما بدا صلاحه فى البستان أو كل من البستانين وإن اختلف النوع ، بخلاف الجنس فلا يتبع جنس غيره ، ولو بدا صلاح بعض ثمر أحدهما دون الآخر فلا يتبعه

بالدباغ تبعا للجلد اه طبقات الأسنوى (قوله والأوجه أن محله الخ) بقى ما لو أطلق فى بيع خشب الكتان وعليه الحب ، وينبغى أن يصح وينزل على الخشب فقط لأنه بمنزلة شجر نخل عليها ثمر مؤبر أو شجر نحو تين خرج ثمرها فلا يتناول الحب كما لا يتناول الشجر المذكور ثمرها ، وإنما لم نقل مثل ذلك نحو زرع الحنطة لأن المقصود سنابلها ، بخلاف الكتان فإن المقصود خشبه فليتأمل اه سم على حج . أقول : والكلام عند الإطلاق فلو نص على أصول الحنطة دون سنابلها صح للعلم بالمبيع حينئذ ، ولا يشكل عليه قول المصنف السابق وما لا يرى حبه كالحنطة والعدس لا يصح بيعه دون سنبله ولا معه فى الجديد لأن الضمير فى قوله لا يصح بيعه راجع للحب : يعنى لا يصح بيع الحب وحده لاستتاره بالسنابل ولا معها لما ذكر (قوله وبدوّ صلاح التمر) قسمه الماوردى ثمانية أقسام : أحدها اللون كصفرة المشمش وحمرة العناب وسواد الإجاص وبياض التفاح ونحو ذلك . ثانيها الطعم كحلاوة قصب السكر وحموضة الرمان إذا زالت المرارة . ثالثها النضج فى التين والبطيخ ونحوهما وذلك بأن تلين صلابته . رابعها بالقوة والاشتداد كالقمح والشعير . خامسها بالطول والامتلاء كالعلف والبقول . سادسها بالكبر كالقثاء . سابعها بانشقاق كمامه كالقطن والجوز . ثامنها بانفتاحه كالورد وورق التوت اه خطيب . وعبارة حج : وتناهى ورق التوت وهى أولى (قوله وكأن المصنف رأى فى إسقاطه) أى بأن يتموّه الخ (قوله مع ما قبله) هو قوله مبادئ النضج الخ (قوله أى يصفو) تفسير يتموّه الخ (قوله وضابط ذلك أن يبلغ حالة يطلب فيها غالبا) يرد عليه نحو البقل فإنه لا يصح بيعه إلا بشرط القطع كما مر ، مع أن الحالة التى وصل إليها يطلب فيها غالبا ، ويشمل الكل قول الشارح : وضابط ذلك الخ (قوله ولو اختلفت) غاية (قوله أنواعه) كبرنىّ ومعقلىّ (قوله وإن اختلف النوع)

القصب ظاهر (قوله وكبر القثاء) معطوف على اشتداد

على الأصح بل لابد من شرط القطع فى ثمر الآخر (ومن باع ما بدا صلاحه) من ثمر أو زرع وأبقى (لزمه سقيه) حيث كان مما يسقى (قبل التخلية وبعدها) قدر ما ينميه ويقيه من التلف لأنه من تتمة التسليم الواجب كالكيل فى المكيل والوزن فى الموزون . فلو شرط كونه على المشترى بطل البيع لمخالفته مقتضاه ؛ فلو باعه مع شرط قطع أو قلع لم يجب بعد التخيلة سقى كما بحثه السبكى إلا إذا لم يتأت قطعه إلا فى زمن طويل يحتاج فيه إلى السقى فتكلفه ذلك فيما يظهر أخذا من تعليلهم المذكور وإن نظر فيه الأذرعى ؛ ولو باع الثمرة لمالك الشجرة لم يلزمه سقى كما هو ظاهر وفى كلام الروضة ما يدل له لانقطاع العلق بينهما (ويتصرف مشتريه) أى ما ذكر (بعدها) أى التخلية لحصول القبض بها كما مر مبسوطا فى المبيع قبل قبضه (ولو عرض مهلك) أو تعيب (بعدها) أى التخلية من غير

أى على الأصح كما مر (قوله وأبقى) أى استحق إبقاؤه بأن بيع بعد بدو الصلاح مطلقا أو بشرط إبقائه أخذا من قوله فلو باعه مع شرط قطع الخ وقوله أيضا وأبقى : أى والأصل ملك للبائع اهـ حج . وهو مأخوذ من قول الشارح الآتى : ولو باع الثمرة لمالك الشجر (قوله قدر ماينميه) قضيته أنه لايكفى مايدفع عنه التلف والتعيب بل لابد من سقى ينميه على العادة فى مثله وهو ظاهر (قوله ويقيه) عطف مغاير (قوله لأنه من تتمة التسليم الواجب كالكيل فى المكيل) فإن قلت : مقتضى هذا التعليل أنه لافرق بين كون البائع مالكا للشجر أو لا ، وقد تقدم أنه متى كان الشجر لغير مالك الثمر لم يجب على البائع سقى . قلت : قد يجاب بأن الكيل فى المكيل إنما يجب حيث بيع مقدرا ، وكون الثمر والشجر فى ملك البائع اقتضى بقاء اليد عليه بعد العقد ، وذلك يقتضى لزوم السقى فأشبه لزوم الكيل فى المبيع إذا بيع مقدرا ، بخلاف ما إذا كان الشجر لغير البائع فلم يقو شبهه بالمكيل بل أشبه الجزاف فى عدم بقاء علقة المتبايعين (قوله بطل) أى سواء شرط على المشترى سقيه من الماء المعد له أو بجلب ماء ليس معدا لسقى الشجر المبيعة ثمرته (قوله لم يجب بعد التخلية) مفهومه وجوب السقى قبل التخلية وإن أمكن قطعه حالا ، ولم يذكر حج هذا القيد ، فقضيته أنه لافرق بين مابعد التخلية وما قبلها ، وهو ظاهر لأن المشترى لايستحق إبقاءه فلا معنى لتكليف البائع السقى الذى ينميه ، ثم رأيت سم على حج ذكر مايوافق هذا فراجعه ، وقد يقال بوجوبه قبل التخلية كما أفهمه كلام الشارح ، ويوجه بأن التقصير من البائع حيث لم يخل بين المشترى وبينه ، فإذا تلف بترك السقى كان من ضمانه ، وقد يصرح به قول المصنف أول باب المبيع قبل قبضه من ضمان البائع وأن البائع لايبرأ بإسقاط الضمان عنه (قوله إلا إذا لم يتأت قطعه) ظاهره أنه لافرق فى وجوب السقى حينئذ بين ماقبل التخلية وما بعدها اهـ سم على حج . وقوله لانقطاع الخ يؤخذ منه أن الحكم كذلك إذا باع الثمرة والشجرة معا اهـ سم أيضا بقى ما لو باع الثمرة لزيد ثم باع الشجرة لعمرو هل يلزم البائع السقى أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب اللزوم ، ويوجه بأنه التزم له السقى فبيع الشجر لغيره لايسقط عنه ما التزمه ، وهذا بخلاف مالو باع الثمرة لشخص ثم باعها المشترى لثالث فإن البائع لايلزمه السقى على مايؤخذ من كلام سم على حج وإن كان مالكا للشجرة لأن المشترى الثانى لم يتلق من البائع الأول فلا علقة بينهما ، ولكن نقل عن شيخنا الزيادى أنه يلزمه السقى لكونه التزمه بالبيع للمشترى الأول وله وجه لأنه التزمه بالبيع ، وبقاء الشجرة فى ملكه مقتض لبقاء العلقة بينه وبين مالك الثمرة وإن كان ملكه الآن من غير مالك الشجرة ، وقد يرد عليه : أى على ما قاله شيخنا الزيادى ماتقدم عن البلقينى من أنه لو باع أرضا بها حجارة مدفونة ثم باع الحجارة مالكها لآخر لم ينزل المشترى لها منزلة البائع ، بل يجب على المشترى لها أجرة مدة النقل سواء نقلها قبل القبض أو بعده ، بخلاف البائع لها فإنه إن نقل قبل القبض لا أجرة عليه أو بعده لزمته الأجرة (قوله ولو باع الثمرة) محترز قول حج والأصل الخ ولو ذكره الشارح كان أولى (قوله ويتصرف) مستأنف

ترك سقى واجب (كبرد) بفتح الراء وإسكانها كما بخطه (فالجديد أنه من ضمان المشترى) لما تقرر من حصول القبض بها ولخبر مسلم : أنه صلى الله عليه وسلم أمر بالتصدق على من أصيب فى ثمر اشتراه ولم يسقط ما لحقه من ثمنها ، فخبره أنه أمر بوضع الجوائح محمول على الأول أو على ما قبل القبض . جمعا بين الدليلين ، أما لو عرض المهلك من ترك ماوجب على البائع من السقى كان من ضمانه والقديم أنه من ضمان البائع ، ولو كان المشترى الثمر مالك الشجر ضمنه جزما كما لو كان المهلك نحو سرقة أو بعد أوان الجذاذ بزمن يعد التأخير فيه تضييعا أما ما قبلها فمن ضمان البائع ، فإن تلف البعض انفسخ فيه فقط (فلو تعيب) الثمر المبيع منفردا من غير مالك الشجر (بترك البائع السقى) الواجب عليه (فله) أى المشترى (الخيار) لأن الشرع ألزم البائع التنمية بالسقى فالتعييب بتركه كالتعييب قبل القبض حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد أيضا ، هذا كله ما لم يتعذر السقى ، فإن تعذر بأن غارت العين أو انقطع

أى فيه (قوله لما تقرر من حصول القبض بها) أى وإن كان بيع الثمر بعد أوان الجذاذ كما تقدم فى المبيع قبل قبضه (قوله أمر بالتصدق) أى من البائع (قوله أما لو عرض المهلك) أى أو التعيب (قوله من ترك ماوجب) أى بأن بيع لابشرط القطع أو به ولم يتأت قطعه إلا فى زمن طويل على مامر (قوله كان من ضمانه) أى البائع (قوله ضمنه جزما) وهو واضح مما مر من عدم وجوب السقى على البائع ، وقياسه أن مثل ذلك مالو باعها لغير مالك الشجرة حيث قلنا بعدم وجوب السقى عليه (قوله كما لو كان الخ) أى وقد تلف بعد التخلية ، والمراد أن كونه من ضمان المشترى لاخلاف فيه حينئذ (قوله أو بعد أوان الجذاذ بزمن) هذا القيد إنما يحتاج إليه إذا نشأ المهلك من ترك السقى أما إذا لم يكن كذلك فلاحاجة إليه لما تقدم أن المبيع بعد قبضة من ضمان المشترى (قوله فمن ضمان البائع) ظاهره وإن كان التلف والتعيب بترك السقى لما شرط قطعه (قوله فإن تلف البعض انفسخ فيه) أى ويتخير المشترى فى الباقى إن كان التلف قبل القبض (قوله فلو تعيب الثمر الخ) الظاهر أنه لايشترط فى التعيب هنا عروض ماينقصه عن قيمته وقت البيع ، بل المراد به مايشمل عدم نموه نمو نوعه لما مر أنه يجب عليه السقى قدر ماينميه ويقيه من التلف (قوله فله الخيار) أى فورا (قوله حتى لو تلف) أى حيث كان المشترى جاهلا بأن التعيب يفضى إلى التلف

(قوله أمر بالتصدق على من أصيب) ولفظ مسلم « أن رجلا أصيب فى ثمار ابتاعها فقال النبى صلى الله عليه وسلم : تصدقوا عليه ففعلوا ، ولم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال صلى الله عليه وسلم : خذوا ماوجدتم وليس لكم إلا ذلك » اه فالضمير فى تصدقوا للصحابة غير البائعين كما هو ظاهر السياق ، ولا بد منه ليتم الاستدلال به للجديد ، ومافى حاشية الشيخ من ترجيعه بالبائعين فلا يتأتى على الجديد بل هو تأويل للحديث بحمله على غير ظاهره من القائلين بالقديم ليوافق حديث وضع الجوائح الذى أخذوا به عكس ماصنع القائلون بالجديد ، وقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث « وليس لكم إلا ذلك » لعل المراد منه ليس لكم إلا ذلك الآن لعدم يسار المشترى حينئذ بباقى الثمن أو نحو ذلك ليتم الاستدلال فليراجع (قوله أما لو عرض المهلك من ترك ماوجب الخ) أى وأما لو عرض التعيب من ذلك فسيأتى فى المتن (قوله كان من ضمانه) أى فينفسخ العقد كما سيأتى فى قوله حتى لو تلف بذلك انفسخ العقد عقب المتن الآتى (قوله أما قبلها فمن ضمان البائع) أى فينفسخ العقد بتلفه وكان ينبغى له ذكره ليظهر معنى قوله عقبه فإن تلف البعض الخ . ولعله سقط من النساخ (قوله حتى لو تلف بذلك) أى بترك البائع السقى خلافا لما فى حاشية الشيخ (قوله انفسخ العقد أيضا) لا موقع الذكر أيضا

النهر فلا خيار له كما صرح به أبو على الطبرى ، ولا يكلف فى هذه الحالة تكليف ماء آخر كما هو قضية نص الأم وكلام الجوينى فى السلسلة ، فإن آل التعييب إلى التلف والمشترى عالم به ولم يفسخ لم يغرم له البائع فى أحد وجهين كما رجحه بعض المتأخرين (ولو بيع) نحو ثمر (قبل) أو بعد(بدو صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك) بجائحة (فأولى بكونه من ضمان المشترى) مما لم يشترط قطعه لتفريطه ، ومن ثم قطع بعضهم بكونه من ضمانه وقطع بعض آخر بكونه من ضمان البائع . قال الأذرعى : لا وجه له إذا أخر المشترى عنادا (ولو بيع ثمر) أو زرع بعد بدو الصلاح ولو لبعضه ، وهو مما يندر اختلاطه أو يتساوى فيه الأمران أو يجهل حاله صح بشرط القطع والإبقاء ومع الإطلاق ، أو مما (يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود) بحيث لا يتميزان (كتين وقثاء وبطيخ (لم يصح) البيع لانتفاء القدرة على تسليمه (إلا أن يشترط المشترى) أى أحد المتعاقدين ويوافقه الآخر (قطع ثمره) أو زرعه عند خوف الاختلاط فيصح البيع حينئذ لانتفاء المحذور ، فلو لم يتفق قطع حتى اختلط فكما فى قوله (ولو حصل الاختلاط) أى قبل التخلية (فيما يندر) فيه الاختلاط أو فيما يتساوى فيه الأمران أو جهل فيه الحال (فالأظهر أنه لا ينفسخ البيع) لبقاء عين المبيع وتسليمه ممكن بالطريق الآتى فدعوى مقابله تعذره ممنوع و إن صححه المصنف فى بعض كتبه وانتصر له جمع من المتأخرين وادعوا أنه المذهب (بل يتخير المشترى) بين الإجازة والفسخ إذ الاختلاط عيب حدث قبل التسليم ، ويؤخذ من ذلك تصحيح ما دل كلام الرافعى عليه أنه خيار عيب فيكون فوريا ولا يتوقف على حاكم للصدق حد العيب السابق عليه فإنه بالاختلاط صار ناقص القيمة لعدم الرغبة فيه حينئذ ، وإن ذهب كثيرون إلى أنه على التراخى وتوقفه على الحاكم لأنه لقطع النزاع لا للعيب والثانى ينفسخ لتعذر تسليم المبيع وعلى الأول (فإن سمح) بفتح الميم (له البائع بما حدث) بهبة أو غيرها ويملك

أخذا من قوله الآتى فإن آل التعييب إلى التلف والمشترى عالم الخ (قوله تكليف ماء آخر) ظاهره وإن قرب جدا (قوله والمشترى عالم به) أى التعييب (قوله لم يغرم له) أى البدل وهل يغرم له الأرش أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى أخذا من إطلاقه نفى الغرم الشامل للبدل والأصل (قوله كما رجحه بعض المتأخرين) مراده شيخ الإسلام فى شرح الروض (قوله أو بعد بدوّ صلاحه) تقدم نقل عدم الضمان فى هذه عن بحث السبكى ، وعليه فكان الأولى عدم زيادتها ، إلا أن يقال : ماتقدم فى ترك السقى وهذا فى التلف بالعاهة (قوله من ضمان المشترى) أى ولا فرق بين كونه قبل التخلية أو بعدها (قوله أو مما يغلب تلاحقه) أى يقينا أخذا من قوله قبل أو جهل الخ (قوله وقثاء وبطيخ) هذه أمثلة للثمرة ، ومثاله للزرع بيع البرسيم ونحوه فلا يصح إلا بشرط القطع لأنه مما يغلب فيه التلاحق بزيادة طوله واشتباه المبيع بغيره وطريق من أراد شراؤه للرعى أن يشترى بشرط القطع ثم يستأجر الأرض مدة يتأتى فيها رعيه وفى هذه تكون الربة للمشترى ، وأما إن اشتراه بشرط القطع وأخر بالتراضى أو دونه فالزيادة للبائع حتى السنابل ، فإن بلغ البرسيم إلى حالة لا يغلب فيها زيادة واختلاط صح بيعه مطلقا وبشرط القطع وبشرط الإبقاء حتى يستوفيه بالرعى أو نحوه (قوله فدعوى) أى ادعاء ذكره لتأويل الدعوى بالادعاء فلا يقال كان الصواب أن يقول ممنوعة (قوله وعلى الأوّل) هو قوله يتخير المشترى (قوله بما حدث بهبة) ع انظر كيف الهبة مع الجهل

هنا ولعله محرف عن قطعا كما هو كذلك فى عبارة الجلال المحلى (قوله وقطع بعض الخ) هو تابع فى هذا للتحفة ، ولكن الذى فى قوت الأذرعى مانصه : ولا وجه للخلاف إذا طالبه البائع بالقطع وأخر عنادا ولا سيما إذا ألزمه الحاكم به اهـ بلفظه (قوله وتوقفه) معطوف على قوله أنه على التراخى

به أيضا هنا كما فى الإعراض عن السنابل بخلافه عن النعل ، لأن عوده إلى المشترى متوقع ولا سبيل هنا إلى تمييز حق البائع (سقط خياره فى الأصح) لزوال المحذور ولا أثر للمنة هنا لكونها فى ضمن عقد وفى مقابلة عدم فسخه. والثانى لا يسقط لما فى قبوله من المنة وكلام المصنف كأصله تبعا للإمام . والغزالى يقتضى تخيير المشترى أولا حتى تجوز مبادرته للفسخ ، فإن بادر البائع أولا وسمح سقط خياره وهو الأصح ، وإن قال فى المطلب أنه مخالف لنص الشافعى والأصحاب فإنهم خيروا البائع أولا فإن سمح بحقه أقر العقد وإلا فسخ . أما لو وقع الاختلاط بعد التخلية فلا انفساخ أيضا ولا خيار، بل إن اتفقا على شىء فذاك وإلا صدق ذو اليد بيمينه فى قدر حق الآخر ، وهل اليد بعد التخلية للبائع أو للمشترى أو لهما ، فيه أوجه أوجهها ثانيها كما اقتضاه كلام الرافعى ، ولو اشترى شجرة وعليها ثمرة للبائع يغلب تلاحقها فنى وجوب القطع ووقوع الاختلاط والانفساخ ما مر خلافا لبعضهم ، ولو باع جزة من القت مثلا بشرط القطع فلم يقطعها حتى طالت وتعذر التمييز جرى القولان ، ويجريان أيضا فيما لو باع حنطة فانصب عليها مثلها قبل القبض وكذا فى المائعات ، ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبيعة بأمثالها فالصحيح الانفساخ لأن ذلك يورث الاشتباه وهو مانع من صحة العقد لو فرض ابتداء ، وفى نحو الحنطة غاية مايلزم الإشاعة وهى غير مانعة (ولا يصح بيع الحنطة فى سنبلها بصافية) من التبن (وهو المحاقلة) من الحقل بفتح فسكون جمع

بالمقدار أو العين سم على منهج . أقول : يجوز أن يقال اغتفرت الجهالة بالموهوب للحاجة كما قيل بنظيره فى اختلاط حمام البرجين (قوله أو غيرها) كالأعراض (قوله ويملك به) أى بالغير (قوله بخلافه) أى بخلاف الإعراض عن النعل الذى فعله المشترى ثم اطلع فى الدابة على عيب (قوله لأن عوده إلى المشترى) عبارة حج للبائع اهـ . وتصور بما إذا بيعت الدابة منعولة وكان ذهبا أو فضة وما فى الشرح يتصور بما مر فلا مخالفة (قوله سقط خياره) وينبغى أن مثل ذلك ما لو وقع الفسخ والمسامحة معا فيسقط خياره رعاية لبقاء العقد سيما وقد رجح كثير من الأصحاب أنه يخير البائع أولا ، ولا يشكل هذا بتقديم الفسخ على الإجازة فيما لو وقع معا من المتبايعين بشرط الخيار لهما ، لأنه لو قدمت الإجازة ثم لسقط حق من جوز له الاستقلال بالفسخ فلم تقدم الإجازة فالفسخ ، وإن نفذ إنما نفذ بمقتضى ماثبت له وحده وإجازة الآخر لم تصادف محلا فوقعت لغوا ، وبقى ما لو سمح البائع من غير أن يعلم المشترى ففسخ جاهلا بذلك هل ينفذ أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن العبرة فى العقود بما فى نفس الأمر ، وينبغى أن محل ذلك إذا ثبت ببينة فإن ادعاه البائع وأنكر المشترى فيحتمل تصديق المشترى لأن الأصل عدم المسامحة ، ويحتمل تصديق البائع لأن الأصل بقاء العقد والشارع متشوف إلى بقاء العقود، والأول هو الأقرب لثبوت حق المشترى بمجرد الاختلاط والأصل عدم سقوطه (قوله ولا أثر للمنة) أى من جهة البائع على المشترى (قوله أما لو وقع الخ) محترز قوله السابق : أى قبل التخلية (قوله بعد التخلية) وكذا لو وقع الاختلاط قبل التخلية وأجاز المشترى البيع فإن اتفقا على شىء فذاك ، وإن تنازعا صدق ذو اليد وهو هنا البائع فيما يظهر ، ثم رأيت سم على منهج ذكر ذلك نقلا عن مر وعبارته قوله : بل إن توافقا على قدر فذاك الخ ينبغى أن يجرى مثل ذلك فيما إذا وقع الاختلاط قبل التخلية ولم يسمح البائع وأجاز المشترى ، ثم رأيته صرح بذلك فى شرح عبارة الروض لكن ينبغى أن تكون اليد هنا للبائع مر اهـ (قوله وإلا صدق ذو اليد) وهو المشترى (قوله ثانيها) هو قوله أو للمشترى (قوله فنى وجوب القطع) أى شرط القطع (قوله مامر) أى من أنه إن كان قبل التخلية خير المشترى وبعدها صدق ذو اليد (قوله ولو باع جزة من القت) ومنه البرسيم الأخضر (قوله جرى القولان) أى وأصحهما عدم الانفساخ ، ويخير المشترى إن كان ذلك قبل التخلية ، ويصدق ذو اليد إن كان بعدها (قوله قبل القبض) أما بعده فلا انفساخ ويدوم التنازع بينهما إلى الصلح (قوله وكذا فى المائعات) أى وفى غيرها من المثليات أيضا (قوله ولو اختلط الثوب أمثاله) أى قبل القبض كما هو الفرض (قوله من الحقل) أى مأخوذة من الحقل

حقلة وهي الساحة التي تزرع ، سميت محاقلة لتعلقها بزرع في حقل (ولا) بيع (الرطب على النخل بتمر وهو المزابنة) من الزبن وهو الدفع ، سميت بذلك لبنائها على التخمين الموجب للتدافع والتخاصم ، وذلك لنهيه صلى الله عليه وسلم عنهما ، رواه الشيخان ، وفسرا في رواية بما ذكر ووجه فسادهما مافيهما من الربا مع انتفاء الرؤية في الأولى ، ولهذا لو باع زرعا غير ربوى قبل ظهور الحب بحب أو برا صافيا بشعير وتقابضا في المجلس جاز إذ لا ربا ، ويؤخذ من ذلك أنه إذا كان ربويا كأن اعتيد أكله كالحلبة امتنع بيعه بحبه . وبه جزم الزركشي وصرح بهذين للتسميتهما بما ذكر وإلافقد علما مما مر في الربا (ويرخص في) بيع (العرايا) جمع عرية وهي ماتفرد للأكل لعروها عن حكم باقي البستان (وهو بيع الرطب) ويلحق به البسر كما قاله الماوردي وغيره إذ الحاجة إليه كهي إلى الرطب (على النخل) خرصا (بتمر) لا رطب (في الأرض أو) بيع (العنب) ومن ألحق به الحصرم قياسا على البسر فقد غلط كما أفاده الأذرعي لبدوّ صلاح البسر وتناهي كبره فالخرص يدخله بخلاف الحصرم فيهما ونقل الأسنوي له عن الماوردي غير صحيح لأن الصواب إلحاق البسر خاصة (في الشجر بزبيب) لخبر الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر » : أي بالمثلثة وهو الرطب بالتمر ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها أي بالفتح ، ويجوز الكسر مخروصها يأكلها أهلها رطبا ، وقيس به العنب بجامع كونه زكويا يمكن خرصه ويدخر يابسه ، وأفهم كلامه أنهما لو كانا معا على الشجر أو على الأرض أنه لايصح ، وهو كذلك خلافا لبعض المتأخرين حيث ذهب إلى أنه جرى على الغالب إذ الرخصة يختصر فيها على محل ورودها وأنه لايصح بيع الرطب بالرطب وهو

(قوله غير ربوى) أي بأن لم يؤكل أخضر عادة كالقمح مثلا (قوله إذ لا ربا) أي في الصورتين وهو في الأولى ظاهر وفي الثانية لوجود التقابض (قوله كأن اعتيد أكله) أي الزرع (قوله وهي ماتفرد) لعل المراد لغة وقوله في المتن وهو بيع الرطب الخ لعل المراد شرعا اهـ سم على منهج : أي وذلك لأن قوله جمع عرية يقتضي أن العرايا هي النخلات التي تفرد للأكل وتفسيرها ببيع الرطب ينافيه ، فأشار إلى منع التنافي بما ذكره (قوله ومن ألحق به الحصرم) قال في المصباح : الحصرم أوّل العنب مادام حامضا قال أبوزيد : وحصرم كل شيء حشفه ومنه قيل للبخيل حصرم ، وتقدم عن القاموس أنه يطلق على الثمر قبل النضج (قوله فيهما) أي بدوّ الصلاح وتناهي كبره (قوله في الشجر) أي على الشجر أو جعل الشجر ظرفا مجازا (قوله نهى عن بيع الثمر) ع روى جابر « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا » رواه مسلم . والمعاومة بيع الشجر سنتين أو ثلاثا فصاعدا ، والثنيا أن يستثنى في البيع شيئا يفسده . والمخابرة ستأتي اهـ سم على منهج (قوله على الشجر) أي ثابتين . بخلاف المقطوع على الشجر فإنه كالذي بالأرض اهـ سم على منهج نقلا عن الشارح وعبارته : والمراد بكونه على الأرض كونه مقطوعا وإن كان على رؤوس الشجر مر اهـ (قوله إذ الرخصة الخ) يرد عليه ماتقدم من أن جواز العنب بالزبيب

(قوله قبل ظهور الحب) لعله قيد في قوله غير ربوى وليس ظرفا لباع ، والمعنى باع زرعا مما يكون غير ربوى قبل ظهور حبه احترازا عن الحلبة الآتية ، وعبارة الروض وشرحه : فلو باع شعيرا في سنبله بحنطة خالصة وتقابضا في المجلس جاز لأن المبيع غير مرئي والمماثلة ليست بشرط لاختلاف الجنس ، أو باع زرعا قبل ظهور الحب بحب جاز لأن الحشيش غير ربوى ، ويؤخذ منه أنه إذا كان ربويا كأن اعتيد أكله كالحلبة يمتنع بيعه وبه جزم الزركشي انتهت . وبها تعلم ما في كلام الشارح (قوله صافيا) أي من الشعير (قوله وتقابضا في المجلس) قيد في المسئلة الثانية فقط (قوله امتنع بيعه بحبه) أي لأنه أصله

كذلك كما مر فى الربا . ومحل الجواز فى العرايا مالم يتعلق بالثمرة زكاة كأن خرصت عليه وضمن أو لنقصها عن النصاب أو لكفر مالكها (فيما دون خمسة أوسق) بتقدير الجفاف المراد بخرصها السابق فى الخبر بمثله تمرا مكيلا يقينا لخبرهما أيضا « رخص فى بيع العرايا فى خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق » ودونها جائز يقينا فأخذنا به لأنها للشك مع أصل التحريم ولا يجوز فيما زاد عليها قطعا . ومتى زاد على مادونها بطل فى الجميع ، ولا يخرج على تفريق الصفقة كما مر فى بابه ، وظاهر كلامه الاكتفاء فى النقص عن الخمسة بما ينطلق عليه الاسم حتى قال الماوردى إنه يكفى نقص ربع مد . والأوجه كما قاله بعض المتأخرين عدم الاكتفاء بذلك بل لابد من زيادة على تفاوت مايقع بين الكيلين ، إذ ربع المد والمد لايقع التفاوت به بين الكيلين غالبا لاسيما فى الخمسة الأوسق ، والمراد بالخمسة أو ما دونها إنما هو من الجفاف وإن كان الرطب الآن أكثر ، فإن تلف الرطب أو العنب فذاك ، وإن جفف وظهر تفاوت بينه وبين التمر أو الزبيب ، فإن كان قدر مايقع بين الكيلين لم يضر وإن كان أكثر تبين بطلان العقد ، ومحل البطلان فيما فوق الدون المذكور إن كان فى صفقة واحدة (و) أما (لو زاد) عليه (فى صفقتين) وكل منهما دون الخمسة فلا بطلان وإنما (جاز) ماذكر لأن كلا عقد مستقل وهو دون الخمسة ، وتتعدد الصفقة هنا بما مر ، فلو باع ثلاثة لثلاثة كانت فى حكم تسعة عقود (ويشترط) لصحة بيع العرايا (التقابض) فى المجلس إذ هو بيع مطعوم بمثله ويحصل (بتسليم التمر) أو الزبيب إلى البائع (كيلا) لأنه منقول وقد بيع مقدرا فاشترط فيه ذلك كما مر فى بابه (والتخلية فى النخل) الذى عليه الرطب أو الكرم الذى عليه العنب . إذ غرض الرخصة طول التفكه بأخذ الرطب شيئا فشيئا إلى الجذاذ ، فلو شرط فى قبضه كيله فات ذلك (والأظهر أنه) أى البيع المماثل لما ذكر (لايجوز فى سائر الثمار) أى باقيها كخوخ ومشمش ولوز مما يدخر يابسه لأنها متفرقة مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخرص فيها . والثانى يجوز كما جاز فى العنب بالقياس (وأنه) أى بيع العرايا (لايختص بالفقراء) وإن كانوا هم سبب الرخصة لشكايتهم له صلى الله عليه وسلم أنهم لايجدون شيئا يشترون به الرطب إلا التمر ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وبأن ذلك حكمة المشروعية ، ثم قد يعم الحكم كالرمل والاضطباع وهم هنا من لانقد

مقيس على الرطب بالتمر مع أن قوله هنا إذ الرخصة الخ يقتضى عدم صحة القياس فيهما ، والراجح جواز القياس فى الرخص ، فالظاهر من حيث المعنى ماجرى عليه البعض المذكور (قوله كأن خرصت عليه) أى المالك (قوله لخبرهما) أى الصحيحين (قوله ودونها) مستأنف استدلالا على الأخذ بالدون (قوله لأنها) أى الصيغة (قوله كما مر) أى من أنه مستثنى من القاعدة (قوله والمد لايقع التفاوت به) فى نسخة إسقاط لا ، والصواب مافى الأصل ، ويوجه بأن غرضه الرد على من اكتفى ببعض نحو الربع . وحاصله أن ربع المد ونحو المد إذا نقص من الخمسة أوسق بكيلها أولا ثم أعيد الكيل فقد لايظهر ذلك النقص لكونه لقلته لايظهر فى جملة الأوسق كما لو سقط من كل مد ثمرة فمجموع ذلك يزيد على المد ونقصان الواحدة من كل مد لايظهر بها نقص فكان المبيع خمسة تامة (قوله وإن جفف) أى ولو على الشجر كما يعلم مما يأتى فى قوله ولو اشترى العرية الخ (قوله بطلان العقد) أى ثم إن كان التمر موجودا رده البائع وإلا رد مثله (قوله بما مر) أى من تعدد البائع أو المشترى أو تفصيل الثمن (قوله كانت) أى الصفقة (قوله لأن العبرة بعموم اللفظ) هو ظاهر إن كان لفظ الشارع رخص فى العرايا الخ ، وأما إن كان

(قوله لأنها للشك) يعنى أو (قوله لايقع التفاوت به بين الكيلين غالبا) أى فكأنه لاتفاوت فما فى نسخة من زيادة لاقبل يقع خطأ وإن صوبها الشيخ فى الحاشية ووجهها بما لايوافقها ، إذ هو فى الحقيقة توجيه لما صوبناه كما يعلم بمراجعته

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بيده كما قاله الجرجانى والمتولى . ولو اشترى العرية من يجوز له شراؤها ثم تركها حتى صارت تمرا جاز خلافا لأحمد .

باب اختلاف المتبايعين

خصهما بالذكر لأن الكلام فى البيع والاختلاف فيه أغلب من غيره وإلا فكل عقد معاوضة وإن لم تكن محضة وقع الاختلاف فى كيفيته كذلك . وأصل الباب ما صح « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو مايقول رب السلعة أو يتتاركا » وصح أيضا « أنه صلى الله عليه وسلم أمر البائع أن يحلف ثم يتخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك » (إذا اتفقا) أى المتعاقدان ولو وكيلين أو قنين أذن لهما سيداهما كما هو واضح أو وارثين كما يأتى أو وليين أو مختلفين (على صحة البيع) أو ثبتت بطريق أخرى كبعتك بألف فقال بل بخمسمائة وزق خمر ، فإذا حلف البائع

الإخبار من الراوى عما فهمه من الشارع فى دعوى عمومه شىء فليراجع (قوله حتى صارت تمرا جاز) أى لاستجماع شروط البيع وقت العقد فلا يضر طروّ ماعرض من صيرورتها تمرا .

(باب اختلاف المتبايعين)

أى وما يذكر من ذلك كما لو اشترى عبدا فجاء بعبد معيب الخ (قوله وإن لم تكن محضة) كالصداق والخلع وصلح الدم (قوله وأصل الباب ماصح) أى الدليل على أصل الاختلاف وإن كان ما أورده لايثبت المقصود من التحالف ثم ما ذكره فى الحديث الثانى قضيته أنه إذا حلف البائع على شىء يتخير المشترى بين الرضا به والفسخ ، ولا يوافقه ماهو مقرر من أنه متى قلنا بتحليف أحدهما قضى به على الآخر (قوله فهو) أى القول (قوله أو يتتاركا) هى بمعنى إلا ، وعبارة حج : أو يتتاركا : أى يترك كل مايدعيه وذلك إنما يكون بالفسخ ؛ وأو هنا بمعنى إلا وتقدير لام الجزم بعيد من السياق كما هو ظاهر اهـ . وكتب سم على قوله وأو هنا بمعنى إلا يمكن على هذا أن يكون محمل قوله فى الحديث فهو مايقول ربّ السلعة على ما إذا حلف ونكل الآخر أو على ما إذا تراضيا بما قاله ، وقوله فيه أو يتتاركا على ما إذا حلفا ولم يرضيا بما يقوله أحدهما : أى بأن فسخا (قوله أمر البائع أن يحلف) أى كما يحلف المشترى (قوله ثم يتخير المبتاع) أى بين الفسخ والإجازة (قوله إن شاء أخذ)أى بأن يمتنع عن الحلف ويرضى بما قاله صاحبه . وقوله وإن شاء ترك : أى بعد الحلف والفسخ (قوله أو وارثين) فى إدخالهما فى العقدين مسامحة وكأنه أراد بالمتعاقدين مايشمل من يقوم مقامهما . وعبارة حج بعد أن بين التعميم فى العاقدين : ويأتى أن ورثتهما مثلهما اهـ . وهى واضحة . قال فى الإيعاب وإطلاق الوارث يشمل مالو كان بيت المال فيمن

(قوله من يجوز له شراؤها) كأنه إنما قيد به لأن أحمد لايقول بالصحة إلا للفقير : فقيد به حتى يتمحض خلاف أحمد فى المسئلة فى الانفساخ عند الجفاف وعدمه (قوله جاز) يعنى استمر البيع صحيحا (قوله خلافا لأحمد) أى فى قوله بانفساخه أو تبين عدم صحته .

(باب اختلاف المتبايعين)

(قوله فإذا حلف البائع) تصوير لثبوت الصحة بطريق أخرى غير الاتفاق عليها ففائدة حلفه صحة العقد فى جميع المبيع ؛ ولكن لاتثبت الألف ولهذا احتيج إلى التحالف بعد . وحينئذ فيظهر أن المشترى يحلف كما ادعى

على نفى الحمر تحالفا (ثم اختلفا فى كيفيته كقدر الثمن) وما يدعيه البائع أو وليه أو وكيله أكثر كما فى الصداق بل غير البائع والولى والوكيل كذلك فلا بد أن يكون مدعى المشترى مثلا فى المبيع أكثر وإلا فلا فائدة للتحالف (أو صفته) كصحاح أو مكسرة أو جنسه كذهب أو فضة أو نوعه كمن ذهب كذا وكذا ومن ذلك اختلافهما فى شرط نحو رهن ، أو كفالة أو كونه كاتبا ، ويمكن شمول قوله أو صفته لذلك كله . نعم لو وقع الاختلاف فى عقد هل كان قبل التأبير أو الولادة أو بعدهما فلا تحالف وإن رجع الاختلاف إلى قدر المبيع ، لأن ما وقع الخلاف فيه من الحمل والثمرة تابع لا يصح إفراده بعقد فالقول قول البائع بيمينه لأن الأصل بقاء ملكه ؛ ومن ثم لو زعم المشترى أن البيع قبل الاطلاع أو الحمل صدق ، وهو ظاهر إذ الأصل عدمه عند البيع كذا قيل والأصح تصديق البائع (أو الأجل) بأن أثبته المشترى ونفاه البائع (أو قدره) كشهر أو شهرين (أو قدر المبيع) كمد من هذه الصبرة مثلا بدرهم فيقول بل مدين به (ولا بينة) لأحدهما يعوّل عليها . فشمل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط أو لكونهما أرّختا بتاريخين متفقين (تحالفا) لخبر مسلم « اليمين على المدعى عليه وكل منهما مدّع ومدّعى عليه . ولا يشكل الخبران المتقدمان لأنه عرف من هذا الخبر زيادة عليهما وهى حلف المشترى أيضا فأخذنا بها ؛ وشمل كلامه ما لو وقع الاختلاف فى زمن الخيار فيتحالفان وهو كذلك كما صرح به ابن يونس والنشائى والأذرعى وغيرهم ، وقد قال الشافعى والأصحاب بالتحالف فى الكتابة مع جوازها فى حق الرقيق وفى القراض

لا وارث له غيره فهل يحلف الإمام كما شمله كلامهم أو لا ؟ فيه نظر (قوله وما يدعيه) أى والحال (قوله فى المبيع أكثر) أى فى عوض المبيع وهو الثمن (قوله أو مكسرة) أى وإن لم يكن ما يدعيه البائع أكثر قيمة لأن الأغراض تختلف بذلك (قوله ومن ذلك) أى مما يجرى فيه الاختلاف الموجب للتحالف (قوله ومن ثم لو زعم) أى ادعى (قوله قبل الاطلاع) فتكون الثمرة له أو الحمل (قوله كذا قيل) قائله حج (قوله والأصح تصديق البائع) ينبغى أن صورة المسئلة فى الاطلاع والحمل أن يقول البائع البيع بعد الاطلاع والتأبير وبعد الحمل وانفصال الولد ، ويقول المشترى بل هو قبل الاطلاع والحمل ؛ أما لو كانت حاملا أو الثمرة غير مؤبرة واختلفا فى مجرد كون الثمرة والحمل قبل البيع أو بعده فلا معنى للاختلاف ، فإن البيع إن كان قبل الحمل والاطلاع فقد حدثا فى ملك المشترى وإن كانا قبل البيع فقد دخلا فى المبيع تبعا . ـ نعم يظهر أثر ذلك فيما لو رد المبيع بعيب وزعم المشترى أن الاطلاع والحمل وجدا بعد البيع فيكونان من الزيادة المنفصلة فلا يتبعان فى الرد والمشترى أنهما كانا قبل البيع فهما من المبيع (قوله فشمل) أى قوله ولا بينة يعول عليها (قوله لخبر مسلم) أى فى قوله وأصل الباب الخ (قوله وهى) أى الزيادة (قوله فى زمن الخيار) ظاهره وإن كان الخيار للبائع وحده وهو ظاهر لجواز أن لا يكون له غرض فى الفسخ فيتحالفان لاحتمال رضا المشترى بما يقوله البائع (قوله وقد قال الشافعى) استظهار على تصحيح التحالف فى زمن الخيار فى الجملة وإلا فهى لازمة من جهة السيد (قوله وفى القراض) بأن قال المقرض قارضتك دنانير

فليراجع (قوله بل غير البائع الخ) انظر ما موقع هذا الإضراب وهلا سرد الجميع من غير إضراب ، وهو تابع فيه للشهاب حج لكن ذاك له موقع فى كلامه يعلم بمراجعته مع تأمله (قوله أو الولادة) أى كأن يقع الاختلاف بعد الاستغناء عن اللبن فيما إذا كان المبيع غير آدمى أو بعد التمييز فيما إذا كان آدميا وكان البائع يدعى أن البيع وقع بعد الاستغناء أو التمييز أيضا وإلا فالبيع من أصله باطل على مدعى البائع لحرمة التفريق . (قوله وكل منهما مدّع ومدّعى عليه) لا يخفى أن خبر مسلم إنما يشهد لحلف كل منهما من جهة كونه مدعى عليه

والجعالة مع جوازهما من الجهتين ، وأما ما استند إليه القائل بعدم التحالف كابن المقرى فى بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ فى زمنه رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق ، وخرج بقوله اتفقا إلى آخره اختلافهما فى الصحة أو العقد هل هو بيع أو هبة فلا تحالف كما يأتى ، وعلم مما مرّ أن مرادهم بالاتفاق على الصحة وجودها وبقوله ولا بينة مالو كان لأحدهما بينة فإنه يقضى بها أو لهما بينتان مؤرختان بتاريخين مختلفين فإنه يقضى بالأولى ولو اختلفا فى الثمن أو المبيع بعد القبض مع الإقالة أو التلف الذى ينفسخ به العقد فلا تحالف بل يحلف مدّعى النقص لأنه غارم ولهذا زاد بعضهم فيما مرّ قيدا وهو بقاء العقد إلى وقت التنازع احترازا عما ذكر وأورد على الضابط اختلافهما فى عين المبيع والثمن معا كبعتك هذا العبد بمائة درهم فيقول بل الجارية بعشرة دنانير فلا تحالف جزما إذ لم يتواردا على شيء واحد مع أنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا فى كيفيته ، فيحلف كل على نفى ما ادعى عليه على الأصل ولا فسخ ؛ ولو اختلفا فى عين المبيع والثمن فى الذمة واتفقا على صفته وقدره أو اختلفا فى أحدهما تحالفا على المنقول المعتمد كما اقتضى كلام الرافعى هنا ترجيحه وصححه فى الشرح الصغير خلافا لما جرى عليه ابن المقرى تبعا للأسنوى من عدم التحالف ، بل يحلف كل على نفى ما ادعى عليه ولا فسخ ؛ فإن أقام البائع بينة أن المبيع هذا العبد والمشترى بينة أنه الأمة فلا تعارض إذ كل أثبت عقدا وهو لا يقتضى نفى غيره ، ويؤخذ منه أن صورتها أن لا تتفق البينتان ، على أنه لم يجر إلا عقد واحد فلا تعارض ، وحينئذ فتسلم الأمة للمشترى ويقر العبد بيده إن كان قبضه وله التصرف فيه ظاهرا بما شاء للضرورة . نعم قال الشيخ أبو حامد إلا بالوطء لو كان أمة لاعترافه بتحريم ذلك عليه

وقال العامل بل دراهم أو قال مائة وخمسين فقال بل مائة (قوله والجعالة) وجعلا من المعاوضة لأن العامل فيهما لم يعمل مجانا وإنما عمل طامعا فى الربح والجعل (قوله بعدم التحالف) أى فيما إذا وقع الاختلاف فى زمن الخيار (قوله فى زمنه) أى الخيار (قوله وعلم مما مر) أى فى قوله أو ثبتت الخ (قوله الذى ينفسخ به العقد) أى بأن كان الخيار للبائع وحده أو تلف المبيع فى يد المشترى بعدم السقى الواجب على البائع وبه يندفع ما قيل كيف يكون التلف بعد القبض موجبا للانفساخ مع أن المبيع من ضمان المشترى أو أن المراد تلف المبيع فى يد البائع بعد قبضه للثمن (قوله ولهذا) أى عدم التحالف (قوله وأورد على الضابط) أى قول المصنف إذا اتفقا الخ : (قوله ولا فسخ) أى بل يرتفع العقدان بحلفهما فيبقى العبد والجارية فى يد البائع ولا شيء له على المشترى ويجب عليه رد ما قبضه منه إن قبله المشترى منه وإلا كان كمن أقرّ لشخص بشيء وهو ينكره فيبقى تحت يد البائع إلى رجوع المشترى واعترافه به ويتصرف البائع فيه بحسب الظاهر أما فى الباطن فالحكم محال على ما فى نفس الأمر نظير ما يأتى فى قوله قال الأذرعى وهذا فى الظاهر أما فى الباطن إلى آخره (قوله والثمن) والحال (قوله أو اختلفا فى أحدهما) أى فى عين المبيع فقط أو فى عين الثمن فقط (قوله ويؤخذ منه) أى من عدم التعارض (قوله أن لا تتفق البينتان) أى صورة المسئلة التى أقيمت فيها البينتان (قوله فلا) تفريع على عدم اتفاق البينتين (قوله ويقرّ العبد بيده) أى ويلزمه الثمنان لعدم

لا من جهة كونه مدعيا فلا بد من دليل للجهة الثانية التى ثمرتها الحلف على الإثبات (قوله وبقوله ولا بينة) أى وخرج بقوله (قوله أو التلف الذى ينفسخ به العقد) أى بأن كان قبل القبض بآفة أو إتلاف البائع (قوله كبعتك هذا العبد بمائة درهم الخ) عبارة التحفة : كبعتك هذا العبد بهذه المائة درهم فيقول بل هذه الجارية بهذه العشرة الدنانير (قوله ولا فسخ) أى لأن الفسخ فرع ثبوت البيع ، وهو لم يثبت لأن أحدهما حلف على نفى بيع الجارية

وعليه نفقة ذلك، قال الأذرعى : وهذا فى الظاهر ، أما فى الباطن فالحكم محال على حقيقة الصدق والكذب ، فإن كان بيد البائع فهل يجبر مشتريه على قبوله لإقرار البائع له به أو يترك عند القاضى حتى يدعيه وينفق حينئذ عليه من كسبه وإلا بيع إن رآه وحفظ ثمنه أو يبقى بيد البائع على قياس من أقر لغيره بشىء وهو ينكره خلاف ، والأصح منه الأخير كما دل عليه كلام الأنوار ، وقد علم أنه على قول التحالف يكون قياس مامر أن محله إذا لم تؤرخ البينتان بتاريخين وإلا قضى بمتقدمة التاريخ وإذا وقع التحالف (فيحلف كل) منهما (على نفى قول صاحبه وإثبات قوله) لما مر من أن كلا مدع ومدعى عليه فينفى ما ينكره ويثبت مايدعيه هو . نعم إنما يحلف الثانى بعد أن يعرض عليه ماحلف عليه الأول فينكر ، قاله المحاملى وتبعه السبكى قال : ويشبه أن يكون العرض المذكور مستحبا ، ومعلوم أن الوارث فى الإثبات يحلف على البت وفى النفى على نفى العلم ، وفى معنى الوارث سيد العبد المأذون له لكنه يحلف على البت فى الطرفين (ويبدأ) فى اليمين بالبائع ، استحبابا لأن جانبه أقوى بعود المبيع الذى هو المقصود بالذات إليه بالفسخ الناشىء عن التحالف ، ولأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد وملك المشترى على المبيع لايتم إلا بالقبض ، ولأنه يأتى بصورة العقد وصورة المسئلة أن المبيع معين والثمن فى الذمة ومن ثم بدئ بالمشترى فى عكس ذلك لأنه أقوى حينئذ ، ويخير الحاكم بالبداءة بأيهما أداه إليه اجتهاده فيما إذا كانا معينين أو فى الذمة (وفى قول يبدأ

التعارض فيهما (قوله وعليه نفقة ذلك) أى العبد (قوله فالحكم محال) أى موقوف (قوله فإن كان) أى العبد (قوله أو يبقى بيد البائع) أى وعليه نفقته (قوله أنه على قول التحالف) أى فيما لو كان اختلفا فى عين المبيع والثمن فى الذمة الذى قدم أنه المعتمد (قوله وإلا قضى بمتقدمة) قد يتوقف فيه بأن ماهنا فى قضيتين مختلفتين وأمكن الجمع بينهما فالقياس العمل بهما مع ماذكر اه سم على حج . أقول : إلا أن يقال إن ذلك مفروض فيما لو اتفقا على أنه لم يجر إلا عقد واحد (قوله فينفى ماينكره) أى صاحبه (قوله قال) أى السبكى (قوله فى الطرفين) أى الإثبات والنفى لأن فعل عبده فعله (قوله استحبابا) كما يستحب تقديم المسلم إليه والمؤجر فى الإجارة والزوج فى الصداق والسيد فى الكتابة اه أنوار . أقول : ويتوقف فى المسلم إليه وينبغى تقديم المسلم مطلقا سواء كان رأس المال معينا فى العقد أم لا لأنه وإن لم يكن معينا فى العقد يصير بتعيينه فى المجلس وقبض المسلم له كالمعين فى العقد والثمن إذا كان

فانتفى ، والآخر على نفى بيع العبد فانتفى (قوله يكون قياس مامر أن محله إذا لم تؤرخ البينتان الخ) كتب الشهاب سم على نظير هذا من التحفة مانصه : يقتضى الحكم بتعارضهما حينئذ ، وفيه نظر لأن كلا لايقتضى نفى ما أثبته غيره فليتأمل اه : وكتب عليه أيضا مانصه : هكذا فى شرح الروض عن السبكى ، وفيه نظر ، بل ينبغى العمل بالبينتين وإن اختلف تاريخهما . ولا تحالف لاختلاف متعلقهما فلا تعارض بينهما بمجرد اختلاف التاريخ ، فإن ذكر مايوجب التعارض اعتبر التعارض حينئذ فليتأمل اه (قوله فينفى ماينكره ويثبت مايدعيه هو) لايخفى أن الضمائر كلها راجعة إلى لفظ كل ، وهذه العبارة أصوب من قول الشهاب حج : فينفى ماينكره غريمه ويثبت مايدعيه هو ، لكن الشارح تبعه فى إبراز الضمير وهو غير محتاج إليه فى عبارته (قوله ولأن ملكه على الثمن قد تم) بمعنى أن العقد لاينفسخ بتلفه بخلاف المبيع (قوله ولأنه يأتى بصورة العقد) كان مراده أنه يلفظ بما قصد من العقد من مقابلة المبيع بالثمن والمشترى إنما يقول قبلت مثلا وهذا بحسب الأصل والغالب (قوله لأنه أقوى حينئذ) لايخفى أنه لايتأتى علة لقوته إلا العلة الثالية فقط ، وحينئذ فقد يقال ما وجه ترجيحه بها مع بقاء العلتين الأخيرتين

بالمشترى) لقوة جانبه بالمبيع (وفى قول يتساويان) لأن كل واحد منهما مدّع ومدعى عليه فلا ترجيح وعليه (فيتخير الحاكم) فيمن يبدأ به منهما (وقيل يقرع) بينهما فمن قرع بدئ به والزوج فى الصداق كالبائع فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له كما قوى جانب البائع بعود المبيع له ، ولأن أثر التحالف يظهر فى الصداق لا فى البضع وهو باذله فكان كبائعه ، والخلاف فى الاستحباب لحصول المقصود بكل تقدير (والصحيح أنه يكفى كل واحد) منهما (يمين تجمع نفيا) لقول صاحبه (وإثباتا) لقوله لاتحاد الدعوى ومنفى كل فى ضمن مثبته فجاز التعرض فى اليمين الواحدة للنفى والإثبات ، والثانى يفرد النفى بيمين والإثبات بأخرى ، وفى تعبيره بيكفى إشعار بجواز العدول إلى يمينين وهو الظاهر ، بل يظهر استحبابهما خروجا من الخلاف لأن فى مدركه قوة وإن أشعر كلام الماوردى بمنعهما إذ لامعوّل على ذلك (ويقدم) فى اليمين (النفى) استحبابا لا وجوبا لأنه الأصل فى اليمين إذ حلف المدعى على قوله إنما هو لنحو قرينة لوث أو نكول ولإفادة الإثبات بعده بخلاف العكس ، وإنما لم يكف الإثبات ولو مع الحصر كما بعت إلا بكذا لأن الأيمان لايكتفى فيها باللوازم بل لابد من الصريح لأن فيها نوعا من التعبد (فيقول البائع) عند اختلافهما فى قدر الثمن (والله مابعت بكذا ولقد) أو إنما وحذفه من أصله لما فيه من إيهام اشتراط الحصر (بعت بكذا) ويقول المشترى : والله ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا ، ولو نكل أحدهما عن النفى والإثبات أو عن أحدهما قضى للحالف ، ولو نكلا جميعا ولو عن النفى فقط وقف أمرهما وكأنهما تركا الخصومة كما اختاره فى الروضة من وجهين : ثانيهما أنه كتحالفهما (وإذا تحالفا فى الصحيح أن العقد لاينفسخ) بنفس التحالف لأن البينة أقوى من اليمين ، وللخبر الثانى فإن تخييره فيه بعد الحلف صريح فى عدم الانفساخ به ، ولو أقام كل منهما بينة لم ينفسخ فبالتحالف أولى (بل إن) أعرضا عن الخصومة أعرض عنهما ولا ينفسخ وإن (تراضيا)

معينا والمبيع فى الذمة يبدأ بالمشترى والمسلم هنا هو المشترى فى الحقيقة (قوله وعليه) أى قوله يتساويان (قوله فمن قرع) أى خرجت له القرعة (قوله فيبدأ به) أى ندبا (قوله لقوة جانبه) هذا التعليل يقتضى البداءة بالزوجة فى عوض الخلع لكن فى حواشى شرح الروض لوالد الشارح خلافه وعبارته قوله : والزوج فى الصداق كالبائع لو قال والزوج فى العوض لكان أشمل لئلا يخرج عنه الاختلاف فى عوض الخلع وكذا قوله ولأن أثر التحالف الخ يقتضى البداءة بالزوجة لأنها الباذلة للعوض فليتأمل ما فى حواشى شرح الروض فإنه لم ينقله عن أحد ولم يتعرض لرد ما اقتضاه التعليل هذا وقد يمنع القول بقوة جانب الزوجة فى عوض الخلع لأنه بالتحالف والفسخ لايعود البضع إليها وإنما يظهر أثر التحالف فى الرجوع إلى مهر المثل (قوله ببقاء التمتع له) أى الزوج (قوله وهو باذله) أى الصداق (قوله وحذفه) أى إنما وظاهره أن كلا منهما مذكور فى المحرر وهو غير مراد بل المراد أن المذكور فى المحرر إنما دون ولقد ، وعبارة المحلى وعدل إليها أى إلى ولقد بعت بكذا عن قول المحرر كالشارح وإنما بعت بكذا لأنه لاحاجة إلى الحصر بعد النفى (قوله ولو نكل أحدهما عن النفى) أى عن مجموع ذلك فيصدق بما لو نكل عن أحدهما وحيث ذكرا وعن أحدهما تعين أن المراد من الأول أنه نكل عن كل منهما (قوله قضى للحالف) ظاهره أن النكول لوكان من الثانى قضى للأول بيمينه بمجرد نكول الثانى وهو مشكل لأن اليمين كانت قبل النكول وهى قبله لايعتد بها (قوله كتحالفهما) أى فيفسخانه هما أو أحدهما أو الحاكم (قوله وإذا تحالفا) عند الحاكم وألحق به المحكم فخرج تحالفهما بأنفسهما فلا يؤثر فسخا ولا لزوما ، ومثله فيما ذكر جميع الأيمان التى يترتب عليها فصل الخصومة فلا يعتد بها إلا عند الحاكم أو المحكم (قوله ولو أقام كل منهما بينة الخ) قد يتوقف

فى البائع (قوله ولو أقام كل منهما بينة لم ينفسخ فبالتحالف أولى) من تتمة قوله لأن البينة أقوى من اليمين فالواو

على ماقاله أحدهما أقرّ العقد ، وينبغى للحاكم ندبهما للتوافق ما أمكن ، ولو رضى أحدهما بدفع ماطلبه صاحبه أجبر الآخر عليه (وإلا) بأن لم يتفقا على شىء واستمرّا على النزاع (فيفسخانه أو أحدهما) لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الفسخ بالعيب (أو الحاكم) لقطع المنازعة ثم فسخ الحاكم ، والصادق منهما ينفذ ظاهرا وباطنا كالإقالة وغيره ينفذ ظاهرا فقط ، ورجح ابن الرفعة عدم وجوب الفور هنا ، ولا يشكل عليه مامر من إلحاقه بالعيب فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف فى وجود المقتضى بخلافه ثم ، ومنازعة الأسنوى فى قياس ماتقرر على الإقالة الذى نقلاه وأقرّاه بأن كلا لو قال ولو بحضور صاحبه بعد البيع فسخته لم ينفسخ ولم يكن إقالة ، إذ لاتحصل إلا إن صدرت بإيجاب وقبول بشرطه المارّ مردودة بأن تمكين كل بعد التحالف من الفسخ كتراضيهما به : أى بلفظ الإقالة فالقياس صحيح وأن لكل الابتداء بالفسخ ، وبه صرح الرافعى وإن نازع فيه السبكى (وقيل إنما يفسخه الحاكم) لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالعنة ، وكأنهم إنما اقتصروا فى الكتابة على فسخ الحاكم احتياطا لسبب العتق المتشوّف إليه الشارع وعلم من عدم انفساخه بنفس التحالف جواز وطء المشترى الأمة المبيعة حال النزاع وقبل التحالف وبعده أيضا على أوجه الوجهين لبقاء ملكه ، بل قضية تعليلهم جوازه أيضا بعد الفسخ إذا لم يزل به ملك المشترى وهو كذلك (ثم) بعد الفسخ (على المشترى رد المبيع) إن كان باقيا فى ملكه

فى أن هذا مقتضى لقوة البينة على اليمين لتعارض البينتين فى هذه وتساقطهما فكان لابينة (قوله أجبر الآخر عليه) قال القاضى : وليس له الرجوع عن رضاه كما لو رضى بالعيب اهـ حج (قوله واستمرا على النزاع) يشعر بأنه لو بادر أحدهما للفسخ عقب التحالف لم ينفسخ ، وفى كلام حج أن الاستمرار ليس بشرط ، وعبارته وأن لايتفقا على شىء ولا أعرضا عن الخصومة وهو ظاهر فى أنه إذا بادر أحدهما وفسخ انفسخ (قوله ماتقرر) أى من أن لكل الفسخ بعد التحالف (قوله بشرطه المار فى البيع) من كون القبول متصلا بالإيجاب والقبول بأن لم يتخلل بينهما كلام أجنبى وسكوت طويل على مامر (قوله بأن تمكين كل) أى هنا (قوله إنما اقتصروا فى الكتابة الخ). لكن صريح كلام الشارح فى الكتابة أنها كغيرها من أن الفاسخ الحاكم أو هما أو أحدهما (قوله إذا لم يزل به ملك المشترى) أى بأن فسخه الكاذب (قوله ثم بعد فسخ المشترى) لو تقارا بأن قالا أبقينا العقد على ماكان عليه أو أقررناه عاد العقد بعد فسخه لملك المشترى من غير صيغة بعت واشتريت وإن وقع ذلك بعد مجلس الفسخ الأول هكذا بهامش عن الزيادى . ثم رأيت الشارح فى القراض فى أول فصل لكل فسخه الخ صرح بذلك فراجعه

فيه للحال ، وكان ينبغى له ذكره عقبه كما صنع الشهاب حج (قوله ومنازعة الأسنوى فى قياس ماتقرر على الإقالة) أى بالنسبة لجواز استقلال أحدهما بالفسخ كما يعلم من جوابه (قوله أى بلفظ الإقالة) أشار به إلى رد ماذهب إليه الشهاب حج تبعا لما نقله الشيخان فى بعض المواضع من أن لهما التراضى على الفسخ من غير سبب ، وعبارته هذا ورد : أى الأسنوى بأن تمكين كل بعد التحالف من الفسخ كتراضيهما به من غير سبب ، وقد مر أنه فى معنى الإقالة فصح القياس (قوله أو لأن لكل الابتداء بالفسخ الخ) صريح هذا السياق أن هذا جواب ثان عن منازعة الأسنوى ، وليس كذلك فإنه لايتأتى ، إذ معنى كلام الرافعى أن لكل منهما البداءة بالفسخ فلا يقال إنه يبدأ بالبائع فيما إذا كان المبيع معينا والثمن فى الذمة وبالمشترى فى عكسه كما يعلم من التحفة فلا يصح جوابا عن منازعة الأسنوى التى حاصلها أن قياس الإقالة أنه لايصح الفسخ من أحدهما دون الآخر وأنه لابد من فسخهما معا (قوله إذا لم يزل به ملك المشترى) أى كأن كان مرهونا ولم يصير البائع إلى فكاكه كما سيأتى

لم يتعلق به حق لازم لغيره بزوائده المتصلة لتبعيتها للأصل دون المنفصلة قبل الفسخ ولو قبل القبض ، لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ؛ وشمل ذلك مالو نفذ الفسخ ظاهرا فقط ، واستشكال السبكى له بأن فيه حكما للظالم أجاب هو عنه بأن الظالم لما لم يتعين اغتفر ذلك ، وعلى البائع رد الثمن المقبوض كذلك ، ومؤنة الرد على الرادّ كما أفهمه التعبير بردّ ، إذ القاعدة أن من كان ضامنا لعين فمؤنة ردها عليه (فإن كان) تلف شرعا كأن (وقفه) المشترى ومثله البائع فى الثمن (أو أعتقه أو باعه) أو تعلق به حق لازم ككتابة صحيحة (أو) حسا كأن (مات لزمه قيمته) إن كان متقوّما ولو زادت على ثمنه ، ومثله إن كان مثليا على المشهور كما فى المطلب وإن أوهمت عبارة المصنف وجوب القيمة مطلقا وصححه فى الحاوى ، بل كثيرا مايعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل شرعا ، ولو تلف بعضه رد الباقى وبدل التالف : قال فى العباب بالرضا ، ومراده بذلك مجىء ماتقدم فى رد المعيب وإمساك الباقى ، وفى الروضة إشارة لذلك ويرد قيمة الرقيق الآبق للحيلولة (وهى) أى القيمة حيث لزمت (قيمة يوم) أىّ وقت ، وتعبيرهم باليوم جرى على الغالب من عدم اختلافه فيه (التلف) حسا أو شرعا (فى أظهر الأقوال) إذ مورد الفسخ العين والقيمة بدل عنها فلتعتبر عند فوات أصلها ، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرش بأقل قيمتى العقد والقبض ، كما مر بأن النظر إليها ثم لا ليغرم بل ليعرف منها الأرش ، وهنا المغروم القيمة فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق ، قاله الرافعى . والثانى قيمة يوم القبض لأنه يوم دخوله فى ضمانه ، والثالث أقل القيمتين يوم العقد والقبض . والرابع أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم (وإن تعيب رده مع أرشه) وهو مانقص من قيمته لأن الكل مضمون على المشترى بالقيمة فكان بعضه مضمونا ببعضها ،

(قوله لم يتعلق به حق لازم) قيد زائد على ماأفاده كلام المصنف ، وعبارة حج قبضه أى المشترى وبقى بحاله ولم يتعلق به حق لازم (قوله لأن الفسخ الخ) معتمد (قوله ظاهرا فقط) أى بأن فسخه الكاذب منهما (قوله كذلك) أى بزوائده المتصلة (قوله بل كثيرا الخ) لكن حمل كلام المصنف على هذا يلزمه عدم ذكر الخلاف فى المثلى حيث جعلت العبارة شاملة له لكنه لايضر لأنه كثيرا مايفعل ذلك لأنه إنما التزم ذكر خلاف المحرر (قوله قال فى العباب) لم يذكره حج ، ولعله لأن ماذكره عن العباب قد يمنع لأنه حيث انفسخ العقد تعين ردّ ماوجد من المبيع وإن لم يرض صاحبه ، وأما قوله ومراده الخ فيه نظر لأن ماتقدم فى ردّ المعيب ليس فيه فسخ قبله للعقد فتعذر الردّ لتفريق الصفقة ثم ، وما هنا حصل فيه الفسخ بعد التحالف فلا طريق إلى إبقاء العقد ، فلعل المراد أن البائع إذا لم يرض برد الباقى وبدل التالف أخذ قيمة الجميع لا أن له المنع من الفسخ فليتأمل فإنه لم تنحسم مادة النظر بذلك أيضا (قوله فلتعتبر عند فوات أصلها) وهو أولى بذلك من المستلم والمعار اهـ حج ، وقد صرحوا فيهما بأن العبرة بقيمة يوم التلف ، ونقل عن والد الشارح وفى فتاويه هو أيضا مايوافقه ، وعن الزيادى مايخالفه ، وفى عميرة ما يوافق الزيادى من أنه يضمن بأقصى القيم (قوله بأقل قيمتى العقد) أى وقتى العقد الخ (قوله قاله الرافعى) قال حج : وفرق بين اعتبار قيمة يوم التلف هنا وبين مالو باع عينا فردّت عليه بعيب وقد تلف الثمن المتقوّم بيد البائع فإنه يضمنه بالأقل من العقد إلى القبض بأن سبب الفسخ هنا حلف البائع فنزل منزلة إتلافه فتعين النظر ليوم التلف ، وثم الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير نظر لفعل أحد فتعين النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض ، قال : وكالردّ بالعيب ثم مطلق الفسخ بإقالة أو نحوها وكالثمن ثم المبيع لو تلف عند المشترى ففيهما يعتبر الأقل

(قوله وهو مانقص من قيمته) أى فالأرش هنا غيره فيما مر فى باب الخيار

ووطء الثيب ليس بعيب فلا أرش له وإن كان قد رهنه خير البائع بين أخذ قيمته أو انتظار فكاكه ، ولا ينافى ذلك ماذكر فى الصداق أنه لو طلقها قبل الوطء وكان الصداق مرهونا وقال انتظر الفكاك للرجوع فلها إجباره على قبول نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان فقياسه هنا إجباره على أخذ القيمة . لأنا نقول : المطلقة قد حصل لها كسر بالطلاق فناسب جبرها بإجابتها ، بخلاف المشترى ، وإن كان قد أجره رجع فيه مؤجرا ولا ينتزعه من يد المشترى حتى تنقضى المدة والمسمى للمشترى ، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها ، ولو كان زكاة معجلة وتعيب فلا أرش ، أو جعله المشترى مثلا صداقا وتعيب فى يد الزوجة واختار الرجوع إلى الشطر فلا أرش فيه ولو دبره المشترى لم يمنع رجوع البائع أخذا مما ذكر فى الفلس من أنه لايمنع فيه (واختلاف ورثتهما كهما) أى كاختلافهما فيما مرّ فيحلف الوارث لقيامه مقام المورث ، وكذا اختلاف أحدهما ووارث الآخر أو وكيله أو وليه كما مر ، سواء فى ذلك ماقبل القبض وبعده وما إذا حصل بين الورثة ابتداء أو بين المورثين ثم يموتان قبل التحالف ، ويجوز للوارث الحلف عند غلبة ظنه صدق مورثه (ولو قال بعتك بكذا فقال

المذكور لاقيمة يوم التلف اه (قوله بين أخذ قيمته الخ) وهى للفيصولة اه سم على منهج (قوله فناسب جبرها) أى الرفق بها ودفع ما أصابها من الكسر (قوله وإن كان قد أجره) أى المشترى (قوله رجع) أى البائع وظاهره أنه لو أراد التأخير إلى فراغ المدة ويأخذ قيمته للحيلولة لم يجب ، وقضية قول حج كشرح المنهج فله أخذه لكن لاينزعه الخ أنه يخير بين ذلك وبين أخذ قيمته للحيلولة ، لكن فى الروض وشرحه مانصه : وإذا أجره رجع فيه مؤجرا لا فى قيمته بناء على جواز بيع المؤجر والمشترى المسمى فى الإجارة وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية اه . وهو موافق لظاهر كلام الشارح من وجوب التبقية بالأجرة على ما أفاده قوله عليه للبائع أجرة الخ ، فقول حج كشرح المنهج فله أخذه ، ولكن لاينزعه معناه له أخذه بمعنى الرضا ببقائه تحت يد المستأجر وأخذ أجرة مثل ما بقى من المدة ، وليس له أخذ قيمته وترك المنفعة للمستأجر إلى تمام المدة (قوله للمدة الباقية) وهذا بخلاف مالو اطلع فيه على عيب قديم وحدث به عيب وكان أجره قبل اطلاعه على العيب القديم فإن البائع إذا رضى به أخذه مسلوب المنفعة ولا أجرة له على المشترى بقية المدة ، والفرق أن البائع فى مسئلة العيب رضى به معيبا فغلظ عليه بعدم استحقاقه الأجرة لاختياره المبيع ، وأما هنا فالتحالف لما كان موجبا للفسخ كان البائع كأنه مجبر عليه فلم يغلظ عليه بإسقاط الأجرة ، ويرد على هذا الفرق مالو تقايل البائع والمشترى بعد أن أجر المشترى المبيع فإن البائع له أجرة مثل مابقى من المدة مع أن الإقالة بالتراضى من المتبايعين إلا أن يقال إن الإقالة تندب لتخلص النادم ، وكأنه من هذه الحيثية مجبر على الإقالة لطلبها منه (قوله ولو كان زكاة الخ) هذه وما بعدها مستثناة من قاعدة ماضمن كله بكل البدل يضمن بعضه بقسطه ، وعبارة حج تعليلا لوجوب الأرش لأن كل ماضمن بها ضمن بعضه ببعضها إلا فى نحو خمس صور على مافيها : منها الزكاة والصداق اه . وعليه فكان الأولى أن يقول هنا : ويستثنى من وجوبه الأرش أو نحو ذلك (قوله لم يمنع) أى التدبير (قوله من أنه) أى التدبير (قوله وما إذا حصل) أى الاختلاف

(قوله ولو كان زكاة معجلة الخ)هذا من تعلق القاعدة التى أشار إليها فيما مر بقوله لأن الكل مضمون على المشترى بالقيمة الخ ، فمحله هناك ، وعبارة التحفة : لأن كل ماضمن بها ضمن بعضه ببعضها إلا فى نحو خمس صور على مافيها : منها الزكاة المعجلة والصداق

بل وهبتنيه) أو رهنتنيه (فلا تحالف) لعدم اتفاقهما على عقد واحد (بل يحلف كل) منهما (على نفى دعوى الآخر) كسائر الدعاوى (فإذا حلفا رده) حتما (مدعى الهبة بزوائده) متصلة كانت أو منفصلة ، فإن فاتت غرمها له لعدم ملكه ولا أجرة عليه لاتفاقهما على عدم وجوبها كما فى الأنوار ، وكان الفرق أنه يغتفر فى المنافع مالا يغتفر فى الأعيان لما مر من أن البائع قبل القبض يضمن الزوائد دون المنافع ، ويجرى ذلك فيما لو قال لآخر دابتى تحت يدك مبيعة فأنكر وحلف فلا أجرة عليه لاعترافه بأنها ملكه ، ونظير ذلك مالو طالبه بائعه بالثمن فقال المبيع لزوجتك فله أخذه منه ثم لها انتزاع المبيع منه لإقراره ، ولا رجوع له بالثمن على البائع لأنه بتسلمه له مصدق له ، ولو قال نعم لها لكنها وكلتنى أجبر المشترى على دفع الثمن إليه لأنه بشرائه منه مقر بصحة قبضه ، قاله القاضى . قال الغزالى : والقياس أن للمشترى إجبار البائع على إثبات وكالته على القبض منه ، ولو اشترى كرما واستغله سنين ثم طالبه بائعه بالثمن فأنكر وحلف عليه لم يغرمه البائع مااستغله لأنه يزعم أنه استغل ملكه وإنما يدعى عليه الثمن وقد تعذر بحلف المشترى فللبائع حينئذ فسخ البيع ، وما استشكل به رد المنفصلة من اتفاقهما على حدوثها بملكه وقد يثبت الفرع دون الأصل أجاب عنه الزركشى بأن دعوى الهبة وإثباتها لايستلزم الملك لتوقفه على القبض بالإذن ولم يوجد ، وفيه نظر لتأتى ذلك فيما لو ادعى الهبة والقبض ، فالأولى الجواب بأنه يثبت بيمين كل أن لاعقد فعمل بأصل بقاء الزوائد بملك مالك العين (ولو ادعى) أحد العاقدين (صحة البيع) أو غيره من العقود (و) ادعى (الآخر فساده) لانتفاء ركن أو شرط على المعتمد كأن ادعى أحدهما رؤيته وأنكرها الآخر على المعتمد أيضا كما أفتى به الوالد رحمه

(قوله بل يحلف كل منهما على الخ) قال سم على منهج : ولو قال رهنتها بألف لك على فقال بل بعتنيها بها حلف مدعى الرهن : أى لأن الأصل عدم البيع ويرد الألف واسترد العين ولا يحلف الآخر ولا رهن إذ لايدعيه (قوله فإن فاتت غرمها له) ويرجع فى مقدار بدلها للغارم (قوله فأنكر وحلف الخ) أى على عدم الشراء ، فلو قال استعرتها أو استأجرتها أو عين جهة أخرى فسيأتى الكلام على ذلك آخر كتاب العارية (قوله فلا أجرة عليه) أى فى مقابلة الاستعمال وبقى مالو كانت جارية ووطئها المشترى فهل يلزمه المهر أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى ، وإذا حبلت منه فالولد حر نسيب ولا يلزمه قيمته لإقرار البائع بأنها ملك المشترى ولا حد عليه أيضا للشبهة ، وإذا ملكها بعد ذلك صارت مستولدة عليه مؤاخذة له بقوله الأول ، وهذا كله فى الظاهر كما هو ظاهر (قوله لاعترافه) أى مدعى البيع (قوله بأنها ملكه) أى المنكر (قوله فقال) أى المشترى (قوله فله) أى البائع (قوله أخذه) أى الثمن (قوله منه) أى من المشترى (قوله لها) أى الزوجة (قوله منه) أى المشترى (قوله ولا رجوع له) أى المشترى (قوله بتسليمه) أى المشترى (قوله له) أى المبيع (قوله مصدق الخ) وعبارة حج : ولا رجوع له بالثمن على البائع لأنه بشرائه منه مصدق له اه . وهى أوضح من عبارة الشارح لأن مجرد التسلم لايقتضى الإقرار بالملك لجواز أن يكون فى يد البائع بإجارة أو نحوها (قوله على القبض منه) عبارة حج قبل القبض ، فعلى فى كلام الشارح بمعنى اللام (قوله فأنكر) أى الشراء (قوله لأنه) أى البائع (قوله بملك مالك العين) لكنه يشكل على عدم تغريم واضع اليد هنا ثمرة الكرم مع أنه بحلفه على عدم الشراء انتفى العقد . قال سم على حج : والفرق أنه فيهما : أى الهبة عين الجهة التى زعم الاستحقاق بها ، وقد رفعها المالك بحلفه على نفيها وهنا لم يعين جهة وجاز أن يكون هناك جهة استحقاق له (قوله على المعتمد) فعلم أنهما لو اختلفا فى الرؤية كان القول قول مثبتها من بائع أو مشترى ، قال مر :

(قوله وما استشكل به رد المنفصلة) أى فى مسئلة المتن

الله تعالى خلافا لما فى فتاوى الشيخ (فالأصح تصديق مدعى الصحة بيمينه) غالبا مسلما كان أو كافرا لأن الظاهر فى العقود الصحة وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه أصل عدم الفساد فى الجملة ، ومن غير الغالب مالو باع ذراعا من أرض معلومة الذرع ثم ادعى إرادة ذراع معين ليفسد البيع وادعى المشترى شيوعه فيصدق البائع بيمينه لأن ذلك لايعلم إلا من جهته ، وما لو زعم أحد متصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضا لأنه الغالب ، وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق بيمينه أيضا كما ذكره الرويانى وصرح به فى الأنوار هنا ، ولا نظر لسبق إقراره بضده لوقوعه حال نقصه وهو تفريع على تصديق مدعى الفساد ، وقد جرى صاحب الأنوار كالشيخين قبيل الصداق على خلافه ، وأما كلام الأصحاب فى الجنايات والطلاق فليس من الاختلاف فى صحة العقد وفساده ، وفارق ماذكرناه ما سيأتى فى الضمان بأن المعاوضات يحتاط فيها غالبا ، والظاهر أنها تقع بشروطها ، وفى البيان لو أقر بالاحتلام لم يقبل رجوعه عنه ، ويؤخذ من ذلك أن

بخلاف ما لو اختلفا فى كيفية الرؤية فالقول قول الرائى لأنه أعلم بها : أى كأن ادعى أنه رآه من وراء زجاج وقال الآخر بل رأيته بلا حيلولة زجاج فالقول قول مدعى الرؤية من وراء زجاج كما أفتى به فليراجع ، وفيه نظر ، وأفتى بخلافه خط جريا على إطلاقهم بتصديق مدعى الصحة فليتأمل اه سم على حج . وإطلاق الشارح يوافق ماوجه به الخطيب وهو الموافق للقواعد .

[فائدة] قال حج : ولو أقرّ بالرؤية لم تقبل دعواه عدمها للتحليف لأنه لم يعتد فيها إقرار على رسم القبالة ويستحيل شرعا تأخرها عن العقد كما لو أقر بإتلاف مال ثم قال : إنما أقررت به لعزمى عليه ، بخلافه بنحو القبض لأنه اعتيد فيه التأخير عن العقد ويؤخذ من قوله لأنه لم يعتد الخ جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن شخصا اشترى من تاجر مقطعا من القماش بثلاثة قروش ثم سأله أحد أتباع الظلمة عن ثمنه فقال اشتريته بخمسة لدفعه عنه فاندفع ثم أحضر للبائع الثلاثة المذكورة فأقام البائع عليه بينة بما أقرّ به فهل له تحليفه أم لا ، وهو أن يقال : يحتمل أن رسم القبالة ليس بقيد بل المدار على شبهة تقوّى جانبه فله تحليف البائع ، ويحتمل أن يقال : ليس له تحليفه والأقرب الأول ، وقد قالوا إنه لو أنكر كونه وكيلا أو كونه وديعا لغرض لاينعزل بذلك بخلاف ما إذا أنكره لا لغرض (قوله معلومة الذرع) كان وجه هذا التقييد أن مجهولتها لاتفيد دعوى المشترى شيوع الذراع فى الصحة إذ لايصير المبيع معلوما ، بل هو على جهله بخلاف المعلومة ، أو يصير معلوما بالجزئية فليحرر ، وقوله معين قال فى شرح العباب إن قصده اه سم على حج (قوله إرادة ذراع معين) أى مبهم بأن قال البائع عند الاختلاف أردت بقولى ذراعا أنه يفرز لك ذراع معين من العشرة تتفق عليه (قوله على إنكار) أى فيكون باطلا (قوله فيصدق بيمينه) بخلاف مالو وقع ذلك فى النكاح فالمصدّق الزوج اه حج بالمعنى (قوله وهو تفريع على تصديق الخ) أى على المرجوح والراجح تصديق مدعى الصحة (قوله على خلافه) أى فيصدق مدعى الصبا والجنون حيث عهد له ذلك فيكون مستثنى من تصديق مدعى الصحة كما تقرر (قوله وما ذكرناه) أى فى دعوى الصبا له والجنون (قوله وفى البيان لو أقرّ الخ) هذا قد يخالف مامرّ فى قوله ولا نظر لسبق إقراره ومن ثم جعله حج ردا

(قوله ذراع معين) أى غير مشاع بدليل مقابلته به إذ الصورة أنه مبهم حتى يتأتى البطلان (قوله على خلافه) أى من عدم تصديقه فتستمر صحة البيع خلافا لما وقع فى حاشية الشيخ ، فالحاصل أن ماجرى عليه الشيخان هو الراجح كما يعلم من كلامه (قوله وفى البيان) غرضه منه الرد على ماقدمه فى سياق القول بأن المصدق مدعى الفساد فى مسألة الرويانى (قوله ويؤخذ من ذلك) أى مما جرى عليه الشيخان فى مسئلة الرويانى

من وهب فى مرضه شيئا فادعت ورثته غيبة عقله حال الهبة لم يقبلوا ، إلا إن علم له غيبة قبل الهبة وادعوا استمرارها إليها ، وجزم بعضهم بأنه لابد فى البينة بغيبة العقل إن تبين ماغاب به : أى لئلا تكون غيبته بما يؤاخذ به كسكر تعدى به ، وما لو قالت المرأة وقع العقد بلا ولى ولا شهود وأنكر الزوج قال محلى فالقول قولها لأن ذلك إنكار لأصل العقد ، وصوّبه السبكى وقال : إنه الحق ، وأنه لايخرج على الخلاف فى الصحة والفساد . اه والراجح أن القول قول الزوج بيمينه . وما لو اشترى نحو مغصوب وقال كنت أظن القدرة فبان عجزى فيصدق بيمينه كما أفتى به القفال لاعتضاده بقيام الغصب ، وما لو باع الثمرة قبل بدوّ الصلاح أو الزرع فى الأرض كذلك ثم اختلفا هل شرط القطع أم لا فهو كاختلافهما فى الرؤية ، وتقدم أن القول فيها قول مدعى الصحة ، وما لو قال المرتهن أذنت فى البيع بشرط رهن الثمن وقال الراهن بل مطلقا فالمصدق المرتهن كما قاله الزركشى وغيره ، وهو كما قال لكن ليس هذا مما نحن فيه لأن الاختلاف المذكور لم يقع من العاقدين ولانائبهما . ولو ادعى السيد اتحاد نجم الكتابة والمكاتب تعدده صدق المكاتب على القاعدة : نعم لو قال السيد كاتبتك وأنا صبىّ أو مجنون وأمكن الصبىّ وعهد الجنون صدق بيمينه ، ولو أتى المشترى بخمر أو بماء فيه فأرة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض كذلك صدق بيمينه ولو صبه فى ظرف المشترى فظهرت فيه فأرة فادعى كل أنها من عند الآخر صدق البائع لدعواه الصحة ولأن الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن والأصل أيضا براءة البائع كما فى نظيره من السلم إذا اختلفا هل قبض المسلم إليه رأس المال قبل التفرق أو بعده فلو أقاما فى المسئلتين بينتين قدمت بينة مدعى الصحة ، وقول ابن أبى عصرون إن كان مال كل بيده حلف المنكر وإلا فصاحبه مردود (ولو اشترى عبدا) مثلا معينا وقبضه (فجاء بعبد معيب ليرده فقال البائع ليس هذا المبيع صدق البائع) بيمينه لأن الأصل السلامة وبقاء العقد (وفى مثله فى) المبيع فى الذمة (و السلم) بأن قبض المشترى أو المسلم المدفوع عما فى الذمة ثم أحضر معيبا ليرده فقال البائع أو المسلم

للقول بأنه لا نظر لسبق إقراره بضده وقد يقال أراد بقوله ولا نظر الخ أنه إذا أقرّ بالبلوغ ولم يذكر سببه تقبل دعواه الصبا بعد لاحتمال أن يظن ما ليس سببا للبلوغ بلوغا كنتوء طرف الحلقوم وافتراق الأرنبة وغير ذلك فلا يكون دعواه البلوغ مناقضة صريحا لدعوى الصبا بخلاف إقراره بالاحتلام (قوله كسكر تعدى الخ) أى فتصح هبته مع غيبة عقله (قوله وما لو قالت) أى ويستثنى مالو قالت الخ (قوله قول الزوج بيمينه) أى خلافا لحج (قوله وتقدم أن القول الخ) أى فهذه مثلها (قوله فالمصدق المرتهن) أى فيكون البيع باطلا (قوله فأنكر القبض) أى البائع (قوله صدق بيمينه) أى البائع (قوله ولو صبه فى ظرف المشترى) خرج به مالو كان فى ظرف البائع فالقول قول المشترى (قوله ولأن الأصل فى كل حادث) وهو النجاسة هنا للمبيع وكونها لملاقاة المبيع للفأرة فى ظرف المشترى أقرب من كونها كانت فى ظرف البائع قبل قبض المشترى وظاهره تصديق البائع وإن قامت قرينة على صدق المشترى ككون الفأرة منتفخة أو متهرية ولا مانع منه لجواز أن تكون كذلك فى ظرف المشترى بواسطة مائع غير هذا المبيع فصب عنها المبيع وظاهر أيضا أن المشترى لو علم استحالة كونها فى يده كأن غسل الجرة قبل ذلك وجففها وسدها بما يمنع من وصول الفأرة إليها ولم تزل يده عنها بحيث يمكن وقوع الفأرة فيها ولم يشعر جاز له أخذ قدر الثمن من مال البائع بطريق الظفر لتحققه بطلان البيع (قوله فى المسئلتين) هما قوله ولو أتى المشترى الخ ، وقوله ولو صبه فى ظرف الخ (قوله قدمت بينة مدعى الصحة) أى أيضا كما قدم قوله (قوله المبيع) هو بالنصب خبر ليس وهذا اسمها فى محل رفع ، ولا يقال : إن هذا من قاعدة أن المحلى بالألف واللام بعد اسم الإشارة يعرب

(قوله فهو كاختلافهما فى الرؤية الخ) وحينئذ ففى عطفه على مسائل تصديق مدعى الفساد مساهلة .

إليه ليس هذا المقبوض (يصدق) المشترى (والمسلم) بيمينه (فى الأصح) أنه المقبوض عملا بأصل بقاء شغل ذمة البائع والمسلم إليه إلى وجود قبض صحيح. ويجرى ذلك فى الثمن فيحلف المشترى فى المعين والبائع فيما فى الذمة، ومقابل الأصح يصدق المسلم إليه كالبيع، ولو قبض المبيع مثلا بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه فإن كان قدر مايقع مثله فى الكيل أو الوزن عادة صدق بيمينه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر وإلا فلا لمخالفته الظاهر ولأنهما اتفقا على القبض والقابض يدعى الخطأ فيه فعليه البينة، كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تلزمه البينة، ولو باع شيئا فظهر كونه لابنه أو موكله فوقع اختلاف كأن قال الابن باع أبى مالى فى الصغر لنفسه متعديا، وقال الموكل باع وكيلى مالى متعديا وقال المشترى لم يتعد الولى ولا الوكيل صدق المشترى بيمينه لأن كلا من الأب والوكيل أمين ولا يتهم إلا بحجة.

باب — بالتنوين — فى معاملة الرقيق

وذكره هنا تبعا للشافعى أولى من تقديمه على الاختلاف الواقع للحاوى كالرافعى لأنه تبع للحر فأخرت أحكامه عن جميع أحكامه ولو تأتى فيه بعضها، وتوجيه ذلك ممكن أيضا بأن فيه إشارة لجريان التحالف فى الرقيقين كما مر ومن تعقيبه للقراض الواقع فى التنبيه لأنه وإن أشبهه فى أن كلا فيه تحصيل ربح بإذن فى تصرف لكنه إنما يتضح على القول المرجوح أن إذن السيد لقنه توكيل والأصح أنه استخدام، وتصرفه كما قاله الإمام على ثلاثة

بدلا، وقيل عطف بيان، وقيل نعتا لأن محله مالم يكن قبله عامل يقتضى رفعه أو نصبه وهذا منه (قوله يصدق المشترى) لكن لو فرض أن المشترى دفع الثمن عما فى الذمة فى مجلس العقد هل يكون كالمعين فيقبل قول المشترى أنه ما رده البائع معيبا ليس هو المقبوض عملا بقولهم الواقع فى المجلس كالواقع فى صلب العقد أم المصدق البائع نظرا لكون العقد ورد على ما فى الذمة، فيه نظر، ومقتضى قولهم للواقع فى المجلس كالواقع فى العقد الأول (قوله فيما فى الذمة) والضابط أن يقال: إن جرى العقد على معين فالقول قول الدافع للمبيع أو الثمن، وإن جرى على مافى الذمة فالقول قول المدفوع إليه الثمن أو المثمن (قوله أو الوزن) أى أو العدد فيما يظهر فيصدق القابض إن احتمل وقوع الغلط فيه والبائع إن لم يحتمل، ويحتمل وهو الأقرب تصديق المشترى مطلقا فى الكيل والوزن والعد لأن الأصل عدم قبض مايدعيه البائع (قوله صدق) أى القابض (قوله بيمينه) أى فيطالب بالقبض (قوله لأن كلا من الأب والوكيل أمين) مقتضى هذا التعليل أن مثل الأب الوصى والقيم فى تصديق المشترى إذا قال الطفل بعد بلوغه باع الوصى أو القيم لنفسه تعديا وأنكره المشترى، لكن فى آخر فصل الإيصاء أن الوصى لو ادعى بيع مال الطفل للمصلحة وأنكر الطفل بعد بلوغه طولب الوصى بالبينة فليراجع، وعليه فيمكن الفرق بأن شفقة الأب تمنعه من الخيانة فى مال ولده بخلاف غيره.

(باب) فى معاملة الرقيق

(قوله فى معاملة الرقيق) أى وما يتبع ذلك كعدم ملكه بتمليك السيد (قوله ولو تأتى فيه بعضها) كالتحالف (قوله وتوجيه ذلك) أى الواقع فى الحاوى (قوله إنما يتضح على القول المرجوح) فيه نظر بل المشابهة المذكورة متحققة على الأصح أيضا اهـ سم على حج (قوله والأصح أنه استخدام) قد يقال كل منهما استخدام والاستخدام

(باب) فى معاملة الرقيق

(قوله إنما يتضح على القول المرجوح الخ) نازع فيه الشهاب سم وأثبت أن المشابهة متحققة على الأصح أيضا

أقسام مالا ينفذ وإن أذن فيه السيد كالولايات والشهادات ، وما ينفذ بغير إذنه كالعبادات والطلاق والخلع وما يتوقف على إذنه كالبيع والإجارة وهذا مقصود الباب ، وقد شرع المصنف فى بيان ذلك فقال (العبد) يعنى القن على أن ابن حزم ذهب إلى أن لفظ العبد يشمل الأمة فكأنه قال الرقيق الذى يصح تصرفه لنفسه لو كان حرا كما قاله الماوردى (إن لم يؤذن له فى التجارة) أو التصرف (لايصح شراؤه) إنما اقتصر عليه لكون الكلام فيه وإلا فكل تصرف مالى كذلك وإن كان فى الذمة (بغير إذن سيده) المعتبر إذنه شرعا (فى الأصح) لأنه محجور عليه لحق سيده . والثانى يصح لتعلق الثمن بالذمة ولا حجر لسيده فيها ولو كان لاثنين رقيق فأذن له أحدهما لم يصح حتى يأذن له الآخر كما لو أذن له فى النكاح لايصح حتى يأذن له الآخر . نعم إن كان بينهما مهايأة كفى إذن صاحب النوبة

يكون بعوض وبغيره اه سم على حج (قوله كالعبادات الخ) ولا يضر كونه بمال لأنه لاتفويت فيه على السيد بل هو تحصيل مال له (قوله يعنى القن) عبارة تهذيب الأسماء واللغات للنووى : العبد القن بكسر القاف وتشديد النون ، وهو عند الفقهاء من لم يحصل فيه شىء من أسباب العتق ومقدماته بخلاف المكاتب والمدبر والمعلق عتقه على صفة والمستولدة هذا معناه فى اصطلاح الفقهاء سواء أكان أبواه مملوكين أو معتقين أو حرين أصليين بأن كانا كافرين واسترق هو أو أحدهما بصفة والآخر بخلافها ، وأما أهل اللغة فإنهم يقولون القن العبد إذا ملك هو وأبواه ، كذا صرح به صاحب المجمل والجوهرى وغيرهما ، قال الجوهرى : ويستوى فيه الواحد والاثنان والجمع والمؤنث ، قال : وربما قالوا عبيد أقنان ثم يجمع على أقنة اه . وعبارة المصباح : القن الرقيق يطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره فيقال عبد قن وعبيد قن وأمة قن بالإضافة وبالوصف أيضا ، وربما جمع على أقنان وأقنة وهو الذى ملك هو وأبواه ، وأما من تغلب عليه ويستعبد فهو عبد ملك ، ومن كانت أمه أمة وأبوه عربيا فهو هجين ، فتفسير الشارح العبد بالقن لايوافق اللغة ولا اصطلاح الفقهاء (قوله الرقيق الذى يصح تصرفه الخ) لعل الحمل عليه باعتبار أنه المراد وإلا فلادلالة للفظ على ذلك ، بل قد يقتضى خلافه ولذا قال فى شرح المنهج : وظاهر أن شرط صحة تصرف الرقيق بالإذن كونه بحيث يصح تصرفه بنفسه لو كان حرا اه (قوله لو كان حرا) أى بأن كان مكلفا رشيدا اه زيادى (قوله أو التصرف) أى ولا فى التصرف فإن أذن له فى أحدهما تصرف بحسب الإذن كما يأتى (قوله تصرف مالى) وينبغى أن مثل ذلك الاختصاصات فلا يصح رفع يده عنها ، ويحرم على الآخذ ذلك ، وإنما اقتصر على المالى لأنه الذى يتصف بالصحة والفساد ويترتب عليه الضمان (قوله وإن كان فى الذمة) لو ترك الواو كان أولى ، لأنه إذا تصرف فى العين فهو باطل جزما كما يأتى وعليه فالواو للحال (قوله بغير إذن سيده) زاد حج فيه ثم قال : تنبيه : تبين بقولى فيه أنه إنما احتاج لقوله بغير إذن سيده مع قوله لم يؤذن له فى التجارة لأن من لم يؤذن له فيها تحته قسمان : من اشترى ولم يؤذن له فى خصوص الشراء فلا يصح وقيل يصح إن كان فى الذمة ومن اشترى وأذن له فى خصوص الشراء فيصح بلا خلاف ، وأنه لو حذف بغير إذن سيده لشمل الثانى لأنه يصدق عليه أنه لم يأذن له فى التجارة . فإن قلت : هذا تطويل بلا فائدة إذ لو حذف إن لم يؤذن له فى التجارة استغنى عنه قلت : مثل هذا لايعترض به على المنهاج على أن ضرورة التقسيم أحوجته إليه اه (قوله ولا حجر لسيده فيها) أى عليها (قوله كفى إذن صاحب النوبة) أى هنا لا فى النكاح ، وعبارة شرح الروض : فيكفى إذنه فى أن يتجر قدر

(قوله كالعبادات) أى على تفصيل فى نحو الإحرام (قوله وإن كان فى الذمة) سيأتى أن محل الخلاف فى تصرفه

ولو اشترى بعين مال السيد بطل جزما ، فلوكان السيد محجورا عليه صح تصرفه بإذن وليه بشرط أن يكون الرقيق ثقة مأمونا كما بحثه الأذرعى وهو ظاهر ، وبحث هو وغيره أيضا أنه قد يصح تصرفه بغير إذن كأن امتنع سيده من إنفاقه أو تعذرت مراجعته ولم تمكنه مراجعة الحاكم فيصح شراؤه بما تمس حاجته إليه ، وكذا لو بعثه فى شغل لبلد بعيد أو أذن له فى حج أو غزو ولم يتعرض لإذنه له فى الشراء وشراء المبعض فى نوبته صحيح لا فى غيرها

نوبته اه . وسأل بعض الطلبة عما لو أذن أحدهما فى تصرف والآخر فى آخر هل يصح تصرفه لوجود إذنهما ؟ والجواب لا كما هو ظاهر ، إذ لم يوجد إذنهما فى واحد من التصرفين فلا يصح واحد منهما اه سم على حج . وقوله فى أن يتجر قدر نوبته قضيته أنه لو أطلق فى الإذن لايكفى والظاهر خلافه ، ويحمل إطلاقه على نوبته وعلى كل حال فلا يحتاج إلى إذن جديد إذا عادت النوبة للآذن ، بل يتصرف عملا بمقتضى الإذن السابق فى النوبة التى وقع فيها الإذن وفى غيرها ، وبقى مالو أذن له صاحب النوبة زيادة على نوبته كأنه كان له ثلاثة أيام فأذن له فى ستة هل يصح فى نوبته فقط تفريقا للصفقة أو يبطل فى الجميع أو تكمل الستة من نوبة أخرى ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن المفهوم من ذكره الأيام بهذا العدد تواليها وهو لايملك ما زاد ، بخلاف ماتقدم فيما لو أذن له أن يتصرف فى نوبته فإنه لم يشمل شيئا من نوبة شريكه ، وبقى مالو رد عليه بعيب ما باعه فى نوبة أحدهما فى نوبة الآخر هل يجب عليه قبوله من غير إذن صاحب النوبة وإن كان زمن قبوله يقابل بأجرة أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن مثل هذا يغتفر عادة فيما يقع بين الشريكين (قوله ولو اشترى) أى العبد الغير المأذون له ، ونبه به على أن محل الخلاف الذى أطلقه المصنف مقيد بما فى الذمة (قوله صح تصرفه) أى العبد بإذن وليه : أى ولى سيده (قوله ثقة مأمونا) أى إن دفع له مالا من أموال السيد اه حج . وقضيته أنه لو أذن له ولى المحجور فى التصرف فى الذمة لايشترط أمانته ، وقد يتوقف فيه بأنه إذا لم يكن أمينا ربما اشترى فى الذمة وأهلكه فيتعلق بدله بذمته وكسبه وفى ذلك ضرر بالمولى عليه (قوله أنه قد يصح تصرفه) أى العبد كما يأتى (قوله كأن امتنع السيد من إنفاقه) أى لما يجب إنفاقه عليه (قوله ولم تمكنه مراجعة الحاكم) قيد لما فى المسئلتين : أى بأن شق ذلك عليه كما يأتى (قوله فيصح شراؤه) أى بعين مال السيد وفى الذمة أيضا (قوله وكذا لو بعثه الخ) أى أنه يصح تصرفه بعين ما للسيد وفى الذمة (قوله ولم يتعرض لإذنه له فى الشراء) أى ولا فرق فيما ذكر بين أن يدفع له مالا يصرفه على نفسه فينفذ منه فى الصرف وأن لايدفع له شيئا بل يقتصر على مجرد الإذن له فى السفر (قوله وشراء المبعض الخ) لو اشترى لنفسه بإذن سيده فى نوبة السيد أو حيث لا مهايأة فهل يلزمه الآن وفاء الثمن مما ملكه ببعضه الحر أولا لأن حكمه كمتمحض الرق فى نوبة سيده أو حيث لا مهايأة فلا يلزمه الوفاء إلا بعد العتق كما فى متمحض الرق ؟ فيه نظر ، وأجاب م ر بالثانى ، وسيأتى نظيره فى الإقرار اه سم على حج . وقضيته أنه يطالب حالا إذا كان بينهما مهايأة واشترى فى نوبته ، وعليه فقد يفرق بينه وبين ما إذا لزم ذمته دين برضا مستحقه حيث لايطالب إلا بعد عتق الكل على ما اعتمده م ر بأن تمحض الرق مانع الآن فاستديم بعد عتق البعض ، بخلاف حرية البعض هنا فإنه لايتعين معها إلحاقه

فى الذمة فاللائق حذف الواو إلا أن تجعل للحال (قوله ولم تمكنه مراجعة الحاكم) قيد فى المسئلتين كما هو ظاهر ، بل الذى فى كلام الأذرعى إنما هو جعلها قيدا فى الأولى فقط (قوله وكذا لو بعثه فى شغل الخ) ظاهره أنه لا يحتاج هنا إلى مراجعة الحاكم فليراجع (قوله ولم يتعرض لإذنه فى الشراء) أى فيشترى ماتمس الحاجة إليه

بغير إذن وإن قصد نفسه فيما يظهر ، وقد علم مما مر اشتراط الأهلية فى المأذون له بحيث يصح تصرفه لنفسه لو كان حرا وإلا لزم أن يكون له بسبب رقه مزية على الحر ، ولاينافى ذلك قول الأذرعى لم أجده فى الحاوى فى مظانه ، ودعواه أن العقل يبعد عدم صحة إذنه لعبده الفاسق والمبذر ممنوعة . نعم إن دعت حاجة مما مر لم يشترط ذلك لجوازه للسفيه . لايقال : قضية مامر من كونه استخداما عدم اشتراط رشده . لأنا نقول : ليس استخداما مقتصرا أثره على السيد بل متعديا لغيره فشرط فيه مع ذلك الرشد رعاية لمصلحة معامله (ويسترده) أى ما اشتراه من غير إذن (البائع) أى له طلب رده (سواء كان) فيه حذف همزة التسوية وهو جائز ، وقد قرئ ـ سواء عليهم أنذرتهم ـ بحذفها (فى يد العبد أو) وضعها موضع أم فى نحو هذا جائز ،كما حكاه الجوهرى وغيره يد (سيده) أو غيرهما لبقائه على ملكه ولو أدى الثمن من مال سيده استرد أيضا (فإن تلف) أى المبيع (فى يده) أى العبد وبائعه رشيد (تعلق الضمان بذمته)

بالرقيق لأهليته للملك حال العقد حيث كان فى نوبته (قوله فيما يظهر) خلافا لحج حيث قال : وشراء المبعض فى نوبته صحيح ، وكذا فى غيرها إن قصد نفسه على الأوجه (قوله وقد علم مما مر) أى فى قوله الذى يصح تصرفه لنفسه لو كان حرا الخ (قوله لجوازه للسفيه) هل يجرى مثل ذلك فى الصبى إذا دعت الضرورة إليه أم لا ؟ فيه نظر ولا يبعد الأول ويحتمل الثانى ، ويفرق بينهما بأن السفيه صحيح العبارة ، ومن ثم صح قبوله للنكاح بإذن وليه بخلاف الصبى (قوله رعاية لمصلحة معامله) وقضيته أنه لايشترط رشده فى شرائه نفسه من سيده والأوجه اشتراطه وإن كان عقد عتاقة لأنه يعطى حكم البيع فى أكثر أحكامه اه حج (قوله ولا ينافى ذلك) أى اشتراط الأهلية عن الماوردى قول الأذرعى الخ ، ولعل وجه عدم المنافاة احتمال أن يكون الماوردى ذكره فى غير الحاوى أو ذكره فيه فى غير مظانه لمناسبة (قوله أى له طلب رده) أى لا أنه واجب عليه (قوله كما حكاه الجوهرى) ولا يقدح فى الجواز الحكم بسهو الجوهرى فى هذا الذى حكاه كما وقع فى القاموس وغيره ، لأنه وفاقا لشيخنا الشريف الصفوى لاطريق إلى العلم بالسهو ، إذ غاية ما وقع لصاحب القاموس أو غيره فى نحو ذلك عدم الاطلاع على ماحكاه الجوهرى فى كلام العرب بعد بحثه طاقته لكن ذلك لايمنع الوجود واحتمال اطلاع الجوهرى على مالم يطلعوا عليه ، ولذا استند الجلال المحلى إلى كلام الجوهرى هذا فى دفع الاعتراض على عبارة المنهاج فى باب الردة ولم يلتفت للحكم بسهوه فيه مع اطلاعه عليه لما ذكر ، بل لو فرض مشافهة العرب لصاحب القاموس أو غيره بامتناع ما حكاه الجوهرى لم يلزمه سهوه فيه لجواز أنه اطلع عليه من لغة غير المشافهين فتدبر اه سم على حج (قوله استرد أيضا) لو رده المشترى على العبد فهل يبرأ لأنه هو الذى دفعه أم لابد من رده على سيده لأنه لم يأذن له فيه ؟ فيه نظر ، والذى يظهر أنه إن كان تحت يد العبد بإذن السيد برئ برده له ، وإن كان تحت يده بغير إذن سيده فلا يبرأ بالرد على العبد لأنه كالغاصب (قوله وبائعه رشيد) أى فإن كان سفيها : أى مثلا تعلق برقبته اه سم على حج (قوله تعلق الضمان بذمته) وهذا بخلاف ما لو أودعه رشيد فتلف فى يده فلا يضمن وإن فرط كما ذكره الشارح فى باب الوديعة ، ولعل الفرق بينه وبين ماهنا حيث تعلق الضمان بذمته أنه التزمه هنا بعقد مضمن فتعلق به ، بخلافه ثم إذا

(قوله ولا ينافى ذلك) يعنى نسبة هذا الشرط للماوردى فيما مر : أى لأن من حفظ حجة على من لم يحفظ (قوله ودعواه أن العقل يبعد عدم صحة إذنه لعبده الفاسق والمبذر) أى حيث بلغا كذلك ، وغرض الأذرعى من هذا تعقب كلام الماوردى فى الشمول لهذين . فحاصل بحثه أنه يسلم عموم كلام الماوردى فى نحو الصبى والمجنون ويمنعه فيمن بلغ فاسقا أو مبذرا .

ولو رآه معه سيده وأقره فيتبع به بعد العتق لا قبله لثبوته برضا برضا صاحبه من غير إذن السيد ، إذ القاعدة أن مالزمه بغير رضا مستحقه كتاف بغصب تعلق برقبته فقط أو برضاه مع إذن السيد تعلق بذمته وكسبه وما بيده ، ولا يلزمه الاكتساب مالم يعص به كما يأتى نظيره فى المفلس أو بغير إذن السيد تعلق بذمته فقط (أو) تلف (فى يد السيد فللبائع تضمينه) أى السيد لوضع يده عليه بغير حق (وله مطالبة العبد) أيضا لما مر لكن إنما يطالب العبد (بعد العتق) بجميعه لا لبعضه فيما يظهر أخذا مما يأتى فى الإقرار لتعلقه بذمته لا قبله ، ولو قبضه السيد وتلف فى يد غيره كان للبائع مطالبة السيد أيضا (واقتراضه) وغيره من سائر تصرفاته المالية (كشرائه) فى جميع مامر (وإن أذن) بالبناء للمفعول إذ هو قسيم إن لم يؤذن (له فى التجارة) من السيد أو من يقوم مقامه (تصرف) بالإجماع وإن لم يدفع له مالا كأن قال اتجر فى ذمتك فله البيع والشراء بالأجل والارتهان والرهن ثم مافضل بيده كالذى دفعه له السيد ، وإذا أذن له سيده لزمه أن لايتصرف إلا (بحسب الإذن) بفتح السين : أى بقدره لأن تصرفه مستفاد من الإذن فاقتصر على المأذون فيه ، ولا يشترط قبول الرقيق (فإن أذن له فى نوع) أو زمن أو محل (لم يتجاوزه) كالوكيل وعامل القراض ولأنه قد يحسن أن يتجر فى شىء دون شىء . نعم يستفيد بالإذن له

لا التزام فيه للبدل وإن التزم الحفظ (قوله ولو رآه) غاية (قوله فيتبع به بعد العتق) وفارق ماهنا ضمان السيد بإقراره له على ماالتقطه كما يأتى بتفصيله فى بابه لأن المالك ثم لما لم يأذن كان السيد مقصرا بسكوته عليه اهـ حج . وقضية فرقه ضمان السيد ماغصبه العبد إذا اطلع عليه ولم ينزعه منه ، ويحتمل أنه غير مراد وذلك لأن المغصوب منه من شأنه أنه يمكنه انتزاع المغصوب من العبد ، فحيث أهمله ولم ينتزعه من العبد كان كأنه رضا بوضع العبد يده عليه فأشبه المأذون له (قوله ولا يلزمه) أى العبد (قوله وله مطالبة العبد) وعليه فلو غرم العبد بعد العتق وقد تلفت العين فى يد السيد فهل يرجع بما غرمه عليه لأن قرار الضمان على من تلفت العين تحت يده أو لا ؟ فيه نظر ، وقياس مايأتى من أن المأذون له إذا غرم بعد عتقه مالزمه بسبب التجارة لايرجع على سيده أنه هنا كذلك ، وقد يفرق بأن المأذون له لما كان تصرفه بإذن السيد ونشأ منه الدين نزل ذلك منزلة المنفعة التى استحقها قبل إعتاقه كأن أجره مدة ثم أعتقه فإن الأجرة لسيده بعد الإعتاق ولا يرجع بها عليه العبد ، بخلاف ماهنا فإن تصرفه ليس ناشئا عن إذن السيد ولا علقة له به ، فنزل مايغرمه بعد العتق منزلة غرم الأجنبى ، وهو يرجع على من تلفت العين فى يده (قوله بعد العتق بجميعه) خلافا لحج وشيخ الإسلام ، والأقرب ماقاله حج لأن امتناع مطالبته لعجزه عن الأداء بعدم الملك ، فحيث ملك مايقدر به على الوفاء ولو لبعض ماعليه فلا وجه للمنع ، على أن التأخير قد يؤدى إلى تفويته الحق على صاحبه رأسا لجواز تلف مابيده قبل العتق (قوله كان للبائع مطالبة السيد أيضا) أى كما يطالب العبد والغير (قوله واقتراضه وغيره) تتميم لما ذكره المصنف هنا ، وإلا فهذا علم من قوله السابق.إنما اقتصر عليه لكون الكلام فيه الخ (قوله وإن لم يدفع) غاية (قوله ثم مافضل بيده) أى بعد توفية الأثمان (قوله كالذى دفعه له السيد) أى فيتصرف فيه بحسب الإذن إن أذن له وإلا امتنع (قوله لم يتجاوزه) أى وعليه فلو

(قوله وإن لم يدفع له مالا الخ) عبارة العلامة حج : وإن لم يدفع إليه مالا بأن قال له اتجر فى ذمتك انتهت . فهى غاية ما فى المتن ، وأما قول الشارح فله البيع والشراء الخ فهو بعض مسئلة ساقها العلامة المذكور بعد ذلك فى سوادة أخرى بقوله ولو قال له اتجر بجاهك جاز له البيع والشراء ولو فى الذمة إلى قوله كالذى دفعه له السيد ، ولعل صدر العبارة سقط من نسخ الشارح ، وإلا فما فيه على هذا الوجه غير صحيح لما يأتى أنه لايبيع نسيئة إلا بالإذن

فى التجارة ماهو من توابعها كنشر وطىّ وردّ بعيب ومخاصمة فى العهدة الناشئة عن المعاملة ، أما مخاصمة الغاصب والسارق ونحوهما فلا كما صرح به الرافعى فى عامل القراض ، وهذا مثله فإن لم ينص له على شيء تصرف بحسب المصلحة فى كل الأنواع والأزمنة والبلدان كما أفادته إن الموضوعة لجواز وقوع شرطها وعدمه بخلاف إذا ، ولو أعطاه ألفا وقال له اتجر فيه فله الشراء بعين الألف وبقدره فى ذمته ولا يزيد ، فإن اشترى فى ذمته ثم تلف الألف قبل تسليمه البائع لم ينفسخ عقده بل للبائع الخيار إن لم يوفه السيد ، فإن اشترى بعينه انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل القبض ، فلو عاد الألف إلى العبد بفسخ طرأ فهل يتجر بلا إذن جديد ؟ وجهان أصحهما نعم ؛ ولو قال اجعله رأس مالك وتصرف واتجر فله أن يشترى بأكثر من الألف (وليس له) فى الإذن فى التجارة (النكاح) كما فى عكسه إذ اسم كل منهما لايتناول الآخر (ولا يؤجر نفسه) لأن الإذن لايتناول إيجارها كما لايتناول بيعها ، فإن أذن له فيه جاز . نعم لو تعلق حق ثالث بكسبه بسبب نكاح بإذن سيده أو ضمان بإذنه كان للمأذون له وغيره أن يؤجر نفسه من غير إذن السيد على الأصح ، وله أن يؤجر مال التجارة من ثياب ورقيق وغيرهما ، وليس له التوكل عن غيره فيما فيه عهدة كبيع إلا بإذن لا كقبول نكاح (ولا يأذن لعبده) أضافه إليه لجواز تصرفه فيه (فى

نوى نفسه بما أذن له فيه السيد فهل يبطل لصرفه العقد عما أذن له فيه أو يصح لسيده وتلغو نيته نفسه ؟ فيه نظر ، والظاهر الثانى لأن اللفظ وافق ما أمر به وهو لايملك عزله نفسه ، ومجرد النية لايصلح للصرف والعقود تصان عن الإلغاء ما أمكن (قوله فى العهدة) أى العلقة الناشئة الخ (قوله ونحوهما) أى كل متعد فلا ، أى فلا تجوز (قوله كما صرح به الرافعى) ويعلم السيد وجوبا بذلك ، فإن تعذر عليه إعلامه لنحو غيبة أعلم الحاكم بذلك فإن تعذر عليه كل منهما كان المخاصمة فى ذلك لأن عدمها يفوت العين بالكلية فليراجع (قوله وقال له اتجر) أى أو اشتر به أو بهذا فيما يظهر فيتخير كما لو قال الموكل لوكيله اشتر بهذا الدينار فإنه لايتعين عليه الشراء بالعين ، والفرق أن هذا يحمل على أن المراد بذله فى الثمن فخير لذلك ، بخلاف اشتر بالعين فإنه صريح فى عدم الشراء فى الذمة فتعين وهذا كله حيث لم يقبل بعينه ، فإن قال ذلك تعين الشراء بالعين (قوله ولا يزيد الخ) أى إلا إن قال اجعله رأس مال كما سيأتى (قوله فلو عاد الألف) أى ولو ببدله كأن اطلع فيما اشتراه بالألف على عيب فرده على البائع ووجد الثمن تالفا ، فإذا أخذ بدله من البائع تصرف فيه (قوله ولو قال اجعله) أى الألف (قوله كما فى عكسه) وهو إذنه له فى النكاح (قوله ولا يؤجر نفسه) هو بالفتح والضم عميرة : أى بفتح الياء مع ضم الجيم وكسرها وبضم الياء مع كسر الجيم ، وهذا ضبط للفعل فى حد ذاته وإلا فالرسم يمنع من فتح الياء لأن صورته على الفتح هكذا يأجر وما هنا مرسوم بالواو ، وعبارة المصباح : أجره الله أجرا من بابى ضرب وقتل ، وآجره بالمد لغة ثالثة إذا أثابه ، وأجرت الدار والعبد باللغات الثلاث اهـ وهى صريحة فى ذلك (قوله فإن أذن له) أى فى إجارة نفسه أو بيعها (قوله كان للمأذون له) أى فى التجارة فلا ينافى أن الفرض أنه مأذون له فى النكاح (قوله وله أن يؤجر مال التجارة) أى من غير إذن سيده وأبيح له ذلك وإن لم يكن من مسمى التجارة ، لأن الظاهر من حال السيد حيث

(قوله كما أفادته إن الخ) يعنى أنها أفادت ما علم مما ذكر وهو صحة الإذن وإن لم ينص له على نوع ولا غيره ، وعبارة التحفة : وأفهمت إن الموضوعة لجواز وقوع شرطها وعدمه بخلاف إذا صحة الإذن وإن لم يعين له نوعا ولا غيره انتهت (قوله بسبب نكاح الخ) أى مثلا (قوله لا كقبول نكاح) محترز قوله فيما فيه عهدة : أى أن الذى يتوقف على الإذن مافيه عهدة لا غيره كقبول نكاح ، فلو أتى بالكاف كما قلت لكان واضحا ، ثم رأيته بالكاف فى بعض

التجارة) بغير إذن السيد لانتفاء الإذن له فى ذلك فإن أذن له فيه جاز ، وينعزل الثانى بعزل السيد له وإن لم ينتزعه من يد الأول ، هذا كله فى التصرف العام ، فإن أذن المأذون لعبد التجارة فى تصرف خاص كشراء ثوب جاز كما صححه الإمام وجزم به الغزالى وابن المقرى ، وإن اقتضى كلام البغوى المنع لأنه يصدر عن رأيه ، ولأنه لاغنى له عن ذلك وفى منعه منه تضييق عليه (ولا يتصدق) ومثله سائر التبرعات من هبة وعارية وغيرهما ولو بشىء من قوته فيما يظهر : نعم إن غلب على ظنه رضا السيد بذلك جاز ، ولا ينفق على نفسه من مالها إلا إن تعذرت مراجعة السيد فيما يظهر فيراجع الحاكم إن سهل ، بخلاف ما إذا شق عليه فيما يظهر ولا يبيع نسيئة ولا بدون ثمن المثل ولا يسلم المبيع قبل قبض ثمنه ولا يسافر بمالها إلاّ بإذن . نعم يجوز له الشراء نسيئة ولا يمكن من عزل نفسه

أذن له أن غرضه الربح سواء كان بالتجارة أو بغيرها فجاز له ذلك تعويلا على القرينة (قوله بعزل السيد له) أى الثانى وهل ينعزل الثانى بعزل المأذون له فى التجارة لأنه الآذن له فهو كوكيله ، أو لاينعزل لأنه بإذنه له بعد إذن السيد له فى الإذن صار الثانى مستقلا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول (قوله فإن أذن) أى من غير إذن سيده (قوله لاغنى له) أى للأول (قوله ومثله سائر التبرعات) قال الشيخ عميرة من التبرّع إطعام من يخدمه ويعينه فى الأسفار اهـ سم على منهج . أقول : قد يمنع أن هذا من التبرّع حيث جرت العادة به ، وينزل علم السيد بذلك منزلة الإذن فيه ، ويكون مايصرفه على من يخدمه كالأجرة التى يدفعها عند الاحتياج للاستئجار للحمل ونحوه ، سيما إذا علم بحسب العادة أنه حيث انتفى التبرّع على من يعينه لم يفعل (قوله ولو بشىء من قوته) أى ولو كان قتر على نفسه فلو خالف وتبرّع ضمن المتبرع عليه ذلك لسيده وإن كان المتبرع عليه جاهلا بكونه يضمن والقول قوله فى قدر مايغرمه (قوله جاز) أى وخصوصا التافه الذى لايعود منه نفع على السيد كلقمة فضلت عن حاجته ، وبقى ما لو قال له تبرع هل يجوز له التبرّع بما شاء أو يتقيد ذلك بأقل متمول ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى للشك فيما زاد عليه فيمنع منه احتياطا لحق السيد ، فلو ظن رضاه بزيادة على ذلك جاز (قوله ولا ينفق على نفسه من مالها) وهل له الإنفاق على عبيد التجارة من مالها ؟ قال سم على عب : ينبغى أن يكونوا مثله ، ونقل عن شيخنا الزيادى بهامش أنه ينفق عليهم لأنهم من جملة مال التجارة وفيه تنمية لها ، والأقرب ما قاله شيخنا الزيادى لما علل به (قوله فيراجع الحاكم) هل يكفى فى ذلك مرة واحدة أو لابدّ من تعدد المراجعة ؟ فيه نظر ، والأقرب الأوّل لما فى الثانى من المشقة ، وينبغى فيما لو اختلفا فى إنفاق اللائق وعدمه تصديق العبد فى القدر اللائق به فليس للسيد مطالبة العبد بشىء ، ثم إذا أذن الحاكم فينبغى أن يقدر للعبد مايليق به عادة ، ثم إن فضل مما قدّره شىء وجب على العبد حفظه للسيد وإن احتاج إلى زيادة على ماقدره راجع فيها القاضى (قوله بخلاف ما إذا شق) أى عرفا ، ومنه غرامة شىء وإن قل فيشترى ماتمسّ حاجته إليه لا مازاد عليه (قوله ولا يبيع نسيئة) نعم له الشراء نسيئة كما يأتى ، قال سم على حج : هل له الرهن حينئذ اهـ . والظاهر أنه ليس له ذلك لأن العين المرهونة قد تتلف تحت يد المرتهن (قوله ولا بدون ثمن المثل) ينبغى أن محله فيما لايتغابن به كالوكيل ، بل قد يقال مايتغابن به لايخرج به عن كونه ثمن المثل

النسخ (قوله ولا يسافر بمالها إلا بإذن) قد يقال هذا يناقض قوله السابق والبلدان من قوله فإن لم ينص له على شىء الخ ، إذ من لازم هذا التعميم خصوصا مع لفظ الجمع السفر ، وقد يجاب بمنع التلازم إذ قد ينفك الإذن فى السفر عن إطلاق الإذن فى البلدان فيما إذا أذن له فى السفر إلى بلد معين ، كما ينفك إطلاق البلدان عن الإذن فى السفر فى أنه يجوز له التصرف فى المال فى أىّ بلد وجده فيه من غير أن يسافر هو به ، أو يقال : إن مامرّ فى صحة التصرف

لأن المغلب فى الإذن له الاستخدام دون التوكيل ولا من شراء من يعتق على سيده بغير إذنه ويعتق حيث لا دين وكذا إن كان والسيد موسر كالمرهون ولا يقترض ولا يوكل أجنبيا (ولا يعامل سيده) ولا مأذون السيد ببيع أو غيره لأن تصرفه له بخلاف المكاتب (ولا ينعزل بإباقه) لأنه معصية لاتوجب الحجر ، وله التصرف فى البلد الذى أبق إليه حيث لم يخص الإذن بغيره فإن عاد لمحل الطاعة تصرف جزما ، ولو باعه أو أعتقه انعزل ، وفى معنى ذلك كل مايزيل الملك كهبة ووقف ، وفى كتابته وجهان جزم فى الأنوار بأنها حجر ، وبحث الشيخ أن إجارته كذلك (ولا يصير) الرقيق (مأذونا له بسكوت سيده على تصرفه) إذ لاينسب لساكت قول ولا بقوله لا أمنعك من التصرف لأن عدم المنع أعم من الإذن ولو باع المأذون مع ماله لم يشترط تجديد إذن من المشترى على الأظهر فى النهاية ، قاله ابن الرفعة : أى لأن علم المشترى بأن العبد مأذون له منزل منزلة إذنه فى بيع المال الذى اشتراه معه ،

(قوله لأن المغلب فى الإذن الخ) ومن هذا يعلم أنه لايرتد برده (قوله ويعتق) أى فيما لو أذن له السيد (قوله حيث لادين) أى على العبد المأذون (قوله ولا يوكل أجنبيا) وعليه فما جرت العادة بدفعه للدلال ليطوف به على من يشترى فطريقه أن يدفعه للدلال ليطوف به ، فإذا استقر ثمنه على شىء باشر العبد عقده . قال فى الروض وشرحه كالوكيل لايوكل بخلاف المكاتب فإنه يتصرف لنفسه اهـ . فانظر هل يستثنى من منع التوكيل التوكيل فيما عجز عنه أو لايليق به كما أن الوكيل المنظر به كذلك ، ثم رأيته فى الخادم أن ابن يونس فى شرح الوجيز صرح بأن له التوكيل فيما عجز عنه ، وأن فى مختصر النهاية أن الأصح أنه يوكل فى آحاد التصرفات اهـ سم على منهج . وقوله فى آحاد التصرفات قضية ما نقله عن مختصر النهاية أن آحاد التصرفات لاتتوقف على عجز ومقتضى تنظيرهم له بالوكيل خلافه (قوله لأن تصرفه) مقتضاه أن السيد لو كان وكيلا عن غيره جازت معاملته ، ولعله غير مراد لأن السيد إذا كان وكيلا لايبيع لنفسه فبيعه لعبده باطل لأنه كما لو باع لنفسه ، وكذا شراؤه منه لأنه لايشترى لموكله من مال نفسه (قوله بخلاف المكاتب) أى كتابة صحيحة أو فاسدة كما فى التهذيب ، وهو ظاهر إطلاق الشارح كشيخ الإسلام ، وعبارة شيخنا العلامة الشوبرى على المنهج صريحة فى ذلك حيث قال قوله بخلاف المكاتب : أى كتابة صحيحة . أما فاسد الكتابة فلا يعامل سيده كما صرح به ابن المقرى فى روضه فى بابها . قال : وهذا يخالف مانقله فى الروضة عن الإمام والغزالى من أن له أن يعامله كالمكاتب كتابة صحيحة ، وقد راجعت كلام التهذيب فرأيته إنما فرعه على ضعيف ، فالأقوى قول الإمام الغزالى : أى من أن له أن يعامل المكاتب كتابة فاسدة اهـ . وصحح فى الحاشية ما نقله فى الروضة عن التهذيب فهو المعتمد (قوله ولا ينعزل بإباقه) وبقى ما لو جن أو أغمى عليه ثم أفاق هل يحتاج إلى إذن جديد أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه استخدام لاتوكيل وتردد فيه سم على منهج (قوله وله التصرف فى البلد الذى أبق إليه) هل يتقيد ذلك بما إذا تساوى نقداهما أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب أنه يتصرف فيها بما يتصرف به فى محل الإذن من نقد بلده أو غيره حيث كان فيه ربح وقلنا يبيع بالعرض كما فى عامل القراض ، وإذا اشترى شيئا يزيد ثمنه فى محل الشراء على ثمنه فى محل الإذن لم يجز إلا إذا غلب على ظنه حصول ربح فيه كأن كان يتيسر بيعه فى محل الشراء بزيادة على ما اشتراه به (قوله لم يخص) أى السيد (قوله وفى معنى ذلك) أى قوله ولو باعه الخ (قوله جزم فى الأنوار بأنها حجر) هذا هو المعتمد (قوله وبحث الشيخ أن إجارته كذلك) هذا هو المعتمد ، وظاهره وإن قصر زمن الإجارة حتى لو أجره يوما لايتصرف بعده إلا بإذن من السيد ولا مانع منه (قوله قاله ابن الرفعة) جرى عليه حج (قوله لأن علم المشترى الخ) التعليل بهذا صريح فيما قاله حج من أن

لا فى الجواز وعدمه ، وما هنا فى جواز الانتقال به فتأمل

ورده الوالد رحمه الله تعالى بأنه مفرّع على رأى مرجوح ، وهو أن سيده لو باعه لم يصر محجورا عليه (ويقبل إقراره) أى المأذون (بديون المعاملة) ولو لأصله وفرعه لقدرته على الإنشاء ويؤدى مما يأتى ، وأعاد هذه فى الإقرار لضرورة تقسيم ، ويقبل ممن أحاطت به الديون فى شىء بيده أنه عارية ، وتحلّ ديونه المؤجلة عليه بموته كما تحل الديون على الحرّ بموته (ومن عرف رق عبد) أى شخص إذ مراده بالعبد الإنسان كما هو مفهوم لغة ، وكان حكمة ذكره لهذا الإشارة إلى عدم الاكتفاء بقرينة كونه على زى العبيد وتصرفاتهم ، ومن ثم كان الأصح جواز معاملة من لم يعرف رقه ولا حريته كمن لم يعرف رشده وسفهه إلا الغريب فيجوز جزما للحاجة (لم يعامله) أى لم يجز له معاملته لأن الأصل عدم الإذن (حتى يعلم الإذن) أى يظنه (بسماع سيده أو بينة) والمراد بها إخبار عدلين ولو لم يكن عند حاكم ، وكذا رجل وامرأتان أخذا مما يأتى فى قسم الصدقات ، بل الأوجه الاكتفاء بواحد كما فى الشفعة وبحث جميع ذلك السبكى وتبعه غيره وهو واضح لأن المدار هنا على الظن وقد وجد ومن ثم لم يبعد الاكتفاء بفاسق اعتقد صدقه (أو شيوع بين الناس) حفظا لماله ولا يشترط وصوله لحدّ الاستفاضة الآتى فى الشهادات فيما يظهر لما تقرر من كون المدار هنا على الظن (وفى الشيوع وجه) أنه لا يكفى لتيقن الحجر ، ورد بأن البينة لا تفيد إلا الظن فكذا الشيوع ، وكون الشارع نزل الشهادة منزلة اليقين محله فى شهادة عند الحاكم لا فى مجرد الإخبار المكتفى به هنا ، ولمن عامله عدم تسليم المال له حتى يثبت الإذن وإن صدقه فيه كالوكيل (ولا يكفى قول العبد) فى جواز

الصورة أنه عالم بأنه المأذون له (قوله على رأى مرجوح) أى فلا بد من إذن جديد من المشترى (قوله ويقبل ممن أحاطت به) أى من غير يمين وذلك فى الظاهر ، أما فى الباطن فيحرم عليه ذلك (قوله وتحل ديونه) أى المأذون له (قوله من لم يعرف) أى ولو كان على صورة الأرقاء (قوله أى يظنه) حمل العلم على الظن نظرا للغالب فى الأسباب المجوّزة لمعاملته فإنها إنما تفيد الظن ، والأولى أن يقول : أراد بالعلم ما يشمل الظن ليشمل ما لو سمع الإذن من سيده فإنه يفيد العلم لا الظن ، وغايته أن يكون التعبير بالعلم من استعمال اللفظ فى حقيقته ، ومجازه ومن استعماله فى معنى مجازى يعم العلم والظن كإدراك هذا وكأنه عدل إليه عن تعبير المحرر بالمعرفة لأنهما وإن كانا متساويين لغة لكن شاع استعمال العلم فى الإدراك الراجح ومن ثم أطلقوا على الفقه علما مع أنه عبارة عن ظنون المجتهدين (قوله بسماع سيده) أى فلو أنكر السيد الإذن فهل يكفى المعامل أن يقيم عليه رجلا وامرأتين بالإذن أم لا بد من رجلين ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن المقصود من البينة إثبات الإذن لا المال (قوله بل الأوجه الاكتفاء بواحد) أى فى جواز معاملته لا فى ثبوته عند القاضى (قوله اعتقد صدقه) مفهومه أن مجرد الظن لا يكفى ، والظاهر أن غير مراد الرجحان صدقه عنده (قوله ولمن عامله عدم تسليم الخ) أى يجوز له عدم الخ ، وظاهره أنه لا فرق فى ذلك

(قوله ورده الوالد الخ) فى هذا الرد نظر لأن البيع إنما يصير به المأذون محجورا فى أموال البائع كما هو ظاهر وصاحب هذا الفرع يلتزم ذلك ، والملحظ فى المسئلة إنما هو أن علم المشترى بما ذكر منزل منزلة الإذن ، فلو رده بأنه مبنى على أن السكوت إذن لكان واضحا (قوله أى شخص) مراده دفع الدور عن المتن الذى أورده عليه الشهاب حج بقوله فيه دور لتوقف علم الرق على علم كونه عبدا وعكسه اهـ.ولك أن تقول: لا دور لأنه لا يلزم من كونه عبدا فى نفس الأمر أن يعلم رقه ، فالمراد بقوله عبد : أى فى نفس الأمر ثم إنه قد يعرف رقه وقد لا ، فهذا الحكم فيمن عرف رقه ، ثم رأيت الشهاب سم أجاب بمعنى ذلك ثم ذكر أنه لا يتوهم هنا دور ، وإنما الذى يتوهم أنه من تحصيل الحاصل فراجعه (قوله حفظا لماله) فى تعليل عدم جواز المعاملة بهذا نظر إذ لا يلزم الإنسان

معاملته (أنا مأذون لى) وإن ظننا صدقه لأنه متهم خلافا لبعضهم مع أنه لايد له ، وبه فارق الاكتفاء بقول مريد تصرف وكلنى فلان فيه بل ولو لم يقل شيئا بناء على ظاهر الحال أن له يدا . وأما قوله حجر علىّ سيدى فيكفى فى عدم صحة معاملته وإن كذبه سيده لأن العقد باطل بزعم العاقد فلا يعامل بقول غيره وتكذيب الآذن لا يستلزم الإذن له . نعم لو قال كنت أذنت له وأنا باق جازت معاملته وإن أنكر الرقيق ذلك كما ذكره الزركشى وكقوله ذلك سماع الإذن له منه فلا يفيد إنكار القن مع ذلك . قال الشيخ : بل ينبغى أن يقال حيث ظن كذب العبد جازت معاملته ثم إن تبين خلافه بطلت وهو حسن ، ولا تسمع دعوى قنّ على سيده أنه أذن له فى التجارة إذا لم يشتر شيئا ، فإن اشترى فطلب البائع ثمنه فأنكر السيد الإذن فله تحليفه ، فإذا حلف فللقن أن يدعى على سيده مرة أخرى رجاء أن يقرّ فيطالبه البائع بثمنه (فإن باع مأذون له) فى التجارة (وقبض الثمن فتلف فى يده) أو غيرها (فخرجت السلعة مستحقة رجع المشترى ببدلها) وهو الثمن المذكور : أى مثله فى المثلى وقيمته فى المتقوّم فهو مساو لقول المحرر ببدله : أى الثمن على أنه فى نسخ كذلك لكن المحكى عن خطه الأول وليس بسهو خلافا لمن زعمه

بين أن يعلم الإذن بسماع سيده الخ وهو ظاهر (قوله وإن ظننا صدقه) فإن اعتقده فقياس مامر جواز معاملته وتردد فيه سم على منهج (قوله لأنه متهم) وبهذا يفرق بينه وبين قبول خبر الفاسق إذا اعتقد صدقه لأن الفاسق ليس متهما فى إخباره (قوله وبه) أى بكونه لايد له (قوله وأنا باق) أى على الإذن (قوله وكقوله) أى السيد (قوله وكقوله ذلك) أى أذنت الخ (قوله وهو حسن) معتمد (قوله ولا تسمع دعوى قن) .

[فرع] اشترى العبد شيئا وغبن البائع فيه فادعى أن العبد غير مأذون له فى التصرف وادعى العبد الإذن وصدقه السيد على ذلك فهل يصدق البائع أم لا ؟ فيه نظر ، فيحتمل أن يقال بالأوّل لأن الأصل عدم الإذن ، وتصديق السيد له الآن لايفيد لجواز أنه لم يكن أذن له فيبطل تصرّف العبد وما وقع باطلا لاينقلب صحيحا ، ويحتمل أن يقال بالثانى وهو الظاهر لأن إقدام البائع على معاملة العبد ظاهر فى اعترافه بأنه مأذون له ، فإن من عرف رق عبد لايعامله إلا بعد العلم بالإذن ، وعلى هذا فهو على القاعدة من تصديق مدعى الصحة .

[فرع] لو أذن السيد لعبده فى أن يأتيه بمتاع من التاجر للسوم ففعل ثم تلف فى يد العبد ففى تجريد العباب أن الضمان يتعلق بالسيد والعبد فللتاجر مطالبة كل منهما ، فالذى يتعلق بالسيد يأخذه حالا والذى يتعلق بالعبد يكون فى ذمته وعن الإمام الأقيس أنه لايتعلق بذمة السيد اه . وجزم فى العباب بالأول وارتضاه مر قال : لأنه لايقصر عما لو استام بوكيل اه سم على منهج : أى وصرحوا فيه بأن كلا منهما يضمن المستام (قوله فله) أى للبائع تحليفه : أى السيد (قوله مرة أخرى) أى غير تحليف البائع (قوله رجاء أن يقر) أى فلو لم يقرّ فالثمن باق

حفظ ماله (قوله وكقوله ذلك سماع الإذن له منه الخ) كأن الشيخ رحمه الله تعالى فهم أن الإشارة فى قول الزركشى وإن أنكر الرقيق ذلك راجعة إلى الإذن حتى أخذ منه ماذكر ، والظاهر أنها راجعة إلى البقاء المفهوم من باق ، ومن ثم عقبه الشهاب حج بقوله بخلاف مجرد إنكاره الإذن اه . وحينئذ فلا يظهر وجه لما ذكره الشيخ استدراكا عليهم ، إذ كلامهم فى اعتماد قول العبد فى الحجر أعم من أن يكون الآذن علم بالسماع من السيد أو غيره إذ لاتناقض بين دعوى الإذن وطروّ الحجر ، وكأنه إنما لم يلتفت إلى دعواه مع قول السيد فى مسئلة الزركشى لتنزيل قوله وأنا باق منزلة الإذن الجديد فتأمل وراجع (قوله فإن اشترى فطلب البائع ثمنه الخ) أى والحال أن المبيع تلف كما هو ظاهر وإلا فالبائع يرجع بمبيعه

(على العبد) لأنه المباشر للعقد فالعهدة متعلقة به حتى يؤدى مما يأتى ، وللمستحق مطالبته بهذا كدين التجارة بعد عتقه أيضا كوكيل وعامل قراض بعد عزلهما لكنهما يرجعان لا هو (وله) أى المشترى (مطالبة السيد أيضا) ولو كان بيد العبد وفاء لأن العقد له فكأنه البائع والقابض ، ومحل ذلك فى البيع الصحيح إذ الإذن لايتناول الفاسد ، فالمأذون فى الفاسد كغير المأذون فيتعلق الثمن بذمته لابكسبه صرح به البغوى (وقيل لا) لأنه بالإذن صار كالمستقل (وقيل إن كان فى يد العبد وفاء فلا) لحصول الغرض بما فى يده ، ومحل الخلاف حيث لم يأخذ منه المال وإلا طولب جزما (ولو اشترى) المأذون (سلعة) شراء صحيحا (ففى مطالبة السيد بثمنها هذا الخلاف) للمعانى المذكورة ، والأصح مطالبته لما مر ومطالبته ليؤدى مما فى يد الرقيق إن كان لا من غيره ككسبه بعد الحجر عليه لا لتعلقه بذمته ، إذ لايلزم من المطالبة بشىء ثبوته فى الذمة بدليل أن القريب يطالب بنفقته قريبه والموسر بإطعام المضطر مع عدم ثبوتهما فى ذمتهما ، فإن لم يكن بيده شىء فلااحتمال أدائه عنه لأن له به علقة وإن لم يلزم ذمته ، فإن أدى برئ القن وإلا فلا ، وقد لايطالب بأن أعطاه مالا ليتجر فيه فاشترى فى ذمته ثم تلف ذلك المال قبل تسليمه للبائع بل يتخير إن لم يؤده السيد لانقطاع العلقة هنا بتلف مادفعه السيد ولم يخلفه شىء من كسب المأذون ، ولقائل أن يقول : هذا إنما يتأتى إن أريد بمطالبة السيد إلزامه بما يطالب به . أما إذا كان المراد العرض عليه لاحتمال أن يؤدى عن العبد لما بينهما من العلقة فلا مانع من ذلك (ولا يتعلق دين التجارة برقبته) لوجوبه برضا مستحقه كالصداق (ولا بذمة سيده) ولو باعه أو أعتقه لأنه هو المباشر للعقد ، وتقدم الجمع آنفا بين هذا ومطالبته فزعم غير واحد أن هذا تناقض مردود ، وجواب الشارح عنه بأنه يؤدى مما يكتسبه العبد بعد أداء ما فى يده مفرع على رأى مرجوح . نعم إن حمل على كسب قبل الحجر كان صحيحا (بل يؤدى من مال التجارة) الحاصلة قبل الحجر ربحا ورأس مال لاقتضاء الإذن والعرف ذلك (وكذا من كسبه) الحاصل قبل الحجر عليه لا بعده (بالاصطياد ونحوه فى الأصح) لتعلقه به كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح ، ثم ما بقى بعد الأداء فى ذمة الرقيق يؤخذ منه بعد

بذمة العبد (قوله وللمستحق مطالبته) أى العبد بعد العتق حيث لم يكن دفع له قبل العتق من كسبه (قوله ومحل ذلك) أى مطالبة السيد (قوله كغير المأذون) وكذا المأذون فى الصحيح حيث تعاطى العقد الفاسد كما يفهم بالأولى ، وينبغى فيما لو اختلف اعتقادهما كأن كان العبد شافعيا مثلا فباع بيعا صحيحا عنده غير صحيح عند سيده لكونه لايرى صحة ذلك أن العبرة بقصد السيد فله منع العبد من توفية الثمن من كسبه .

[فائدة] لو كان السيد مالكيا والعبد شافعيا وأذن له فى البيع بالمعاطاة فهل له البيع بها أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه لايجوز امتثال أمره إلا فى الأمر الجائز، وهذا ممنوع منه (قوله وإلا طولب) أى السيد (قوله لما مر) أى من قوله لأن العقد له (قوله فإن لم يكن بيده) أى العبد شىء وليس له فى هذه الحالة رفعه للحاكم (قوله وقد لايطالب) أى السيد وهو المعتمد (قوله وتقدم الجمع) أى فى قوله ومطالبته ليؤدى مما فى يد الرقيق الخ

(قوله ولم يخلفه شىء من كسب المأذون) أى لأنه لاتعلق له بها هنا (قوله مفرع على رأى مرجوح) فيه نظر لأنه لاذكر للحجر فى كلام الشارح ، فالصورة أنه لم يقع حجر . واعلم أن الظاهر أن قول الشارح الجلال بعد أداء ما فى يده متعلق بقوله يؤدى لا بقوله يكتسبه لأنه يخرج الكسب الحاصل قبل أداء ما فى يده ولا وجه له ، وحينئذ فهو قد أشار بهذه البعدية إلى أنه يقدم فى الأداء أولا ما فى يده من مال التجارة ولا يؤدى من أكسابه إلا إن عجزت أموال التجارة ، وكأن الشارح هنا توهم أنه ظرف ليكتسبه فتوهم منه ما ذكره من تفريعه على المرجوح

عتقه كما مر ، والثانى لا كسائر أموال السيد ، وذكر فى الجواهر أنه لو باع السيد العبد قبل وفاء الدين وقلنا بالأصح أن دينه يتعلق بكسبه تخير المشترى واعترض بأن الأصح أن دينه لايتعلق بكسبه بعد البيع فلا خيار ، وفيها لو أقرّ المأذون أنه أخذ من سيده ألفا للتجارة أو ثبت ببينة وعليه ديون ومات فالسيد كأحد الغرماء يقاسمهم اه . وفيه نظر ، بل الوجه أنه لايحصل للسيد إلا مافضل لأنه المفرط (ولا يملك العبد) أى القن كله بسائر أنواعه ماعدا المكاتب (ولو بتمليك سيده) أو غيره (فى الأظهر) لأنه ليس أهلا للملك إذ هو مملوك فأشبه البهيمة لقوله تعالى مملوكا لايقدر على شىء ـ وكذا لايملك بالإرث وإضافة الملك له فى خبر الصحيحين « من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » للاختصاص لا للملك وإلا لنافاه جعله لسيده ، والثانى وهو القديم يملك لظاهر مامر ، وعليه فهو ملك ضعيف يملك السيد انتزاعه منه ولا يجب فيه الزكاة ، وليس للعبد التصرف فيه بغير إذن السيد ، واحترز بالسيد عن الأجنبى فلا يملك بتمليكه جزما ، قاله الرافعى فى الكلام على الموقوف عليه ، وفى الظهار فى تكفير العبد بالصوم وأجرى فيه الماوردى الخلاف . نعم لو قبل الرقيق هبة أو وصية من غير إذن صح ، ولو مع نهى السيد عن القبول لأنه اكتساب لايعقب عوضا كالاحتطاب ، ودخل ذلك فى ملك السيد قهرا إلا أن يكون الموهوب أو الموصى به أصلا أو فرعا للسيد تجب نفقته عليه حال القبول لنحو زمانة أو صغر فلا يصح القبول ، ونظيره قبول الولى لموليه ذلك .

(قوله كما مر) أى على مامر ومنه أنه لابد من إعتاقه جميعه (قوله وقلنا بالأصح) ضعيف (قوله فلا خيار) هذا هو المعتمد (قوله وفيها) أى الجواهر (قوله وعليه ديون) أى بسبب التجارة (قوله ومات) أى العبد (قوله بل الوجه) هذا هو المعتمد (قوله بسائر أنواعه) دخل فيه المدبر والمكاتب وأم الولد ، ويشكل على ذلك ماذكره بعضهم من أن القن هو الرقيق الذى لم يتعلق به سبب العتق على مامر عن تهذيب الأسماء ، والجواب أن الشارح استعمل القن فى مطلق الرقيق تجوّزا وإن لم يوافق اللغة ولا كلام الفقهاء على مامر أول الباب (قوله للاختصاص) متعلق بإضافة .

مع أنه لايفيد ذلك وإن التزمنا تعلقه بيكتسبه كما لايخفى (قوله نعم لو قبل الرقيق هبة الخ) انظر ماوجه هذا الاستدراك وما موقعه .

كتاب السلم

ويقال له السلف ، سمي سلما لتسليم رأس المال في المجلس وسلفا لتقديمه . والأصل فيه قبل الإجماع إلا ماشذ به ابن المسيب آية الدين فسرها ابن عباس بالسلم وخبر الصحيحين « من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » كالشفق أو الفجر أو وسط السنة وبالقياس على الثمن ، فكما جاز أن يكون حالا ومؤجلا فكذلك المثمن ، ولأن فيه رفقا فإن أرباب الضياع قد يحتاجون لما ينفقونه على مصالحها فيستسلفون على الغلة ، وأرباب النقود ينتفعون بالرخص فجوز لذلك وإن كان فيه غرر كالإجارة على المنافع المعدومة . ومعنى الخبر : من أسلم في مكيل فليكن معلوما ، أو موزون فليكن معلوما ، أو إلى أجل فليكن معلوما لا أنه حصره في الكيل والوزن والأجل (هو) شرعا (بيع) شيء (موصوف في الذمة) بلفظ السلم كما سيعلم من كلامه

كتاب السلم

أي كتاب بيان حقيقته وأحكامه (قوله ويقال له السلف) أي لغة ، وهذه الصيغة تشعر بأن السلم هو الكثير المتعارف وأن هذه اللغة قليلة (قوله سمي) أي هذا العقد (قوله لتسليم رأس المال) أي لاشتراط تسليم ذلك في المجلس لصحة العقد (قوله لتقديمه) أي لتقديم عقده على استيفاء المسلم فيه غالبا ، ومن غير الغالب مالو كان حالا أو عجله المسلم إليه ودفعه حالا في مجلس العقد (قوله إلا ماشذ) انظر الذي شذ به هل هو عدم جواز السلم أو أن جوازه معتبر على وجه مخالف لما عليه الأئمة فيه نظر ، والظاهر الأول فليراجع (قوله وخبر الصحيحين) عبارة حج : والخبر الصحيح « من أسلف فليسلف في كيل معلوم » الخ ، ومثله في شرح الروض فلعلهما روايتان ، وعبارة شرح المنهج وخبر الصحيحين « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم » الخ (قوله ووزن معلوم) الواو بمعنى أو ، إذ لا يجوز الجمع بين الكيل والوزن ، وسيأتي مايصرح به في قوله ومعنى الخبر الخ (قوله إلى أجل معلوم) هذا آخر الحديث (قوله كالشفق) أي الذي يلي وقت العقد وكذا يقال في الفجر أخذا مما يأتي فيما لو قال إلى العيد أو جمادى والمراد تكامل طلوعهما (قوله أو وسط السنة) ويحمل على آخر جزء من النصف الأول (قوله وبالقياس) الأظهر حذف الباء لأنه معطوف على آية الدين (قوله جاز أن يكون) أي الثمن (قوله لا أنه حصره) وذلك لأنه يلزم على ظاهره فساد السلم في غير المكيل والموزون وفي الحال اهـ (قوله بيع شيء) يؤخذ من جعله بيعا أنه قد يكون صريحا وهو ظاهر ، وقد يكون كناية كالكتابة وإشارة الأخرس التي يفهمها الفطن دون غيره (قوله موصوف) قال المحلي بالجر : أي فموصوف صفة لموصوف محذوف : أي شيء موصوف وإنما فعل كذلك لأن البيع لا يصح وصفه بكونه في الذمة ، فلو قرئ بالرفع كان بمعنى بيع موصوف في الذمة والبيع

كتاب السلم

(قوله كالشفق) أي كمغيبه كما هو ظاهر إذ هو الذي ينضبط ، ومن ثم ينبغي أن يكون المراد الأحمر وقوله كالشفق الخ ليس من الحديث فكان ينبغي له حذفه لأن له محلا يخصه كما سيأتي أو يمثل للكيل والوزن أيضا (قوله فكما جاز أن يكون حالا ومؤجلا الخ) المناسب لتفريعه الآتي أن يقول : فكما جاز أن يكون معينا وفي الذمة الخ ،

ولهذا قال الشارح هذه خاصته المتفق عليها ، قيل ليس لنا عقد يختص بصيغة واحدة إلا هذا والنكاح وعرف بغير ذلك مما هو غير مانع ، ويؤخذ من كون السلم بيعا أنه لايصح إسلام الكافر فى الرقيق المسلم ، وهو الأصح كما فى المجموع ، وإن صحح الماوردى صحته وتبعه السبكى ، ومثل الرقيق المسلم المرتد كما مر فى باب البيع (يشترط له) ليصح (مع شروط البيع) المتوقف صحته عليها كما قاله الشارح مشيرا به إلى أن الكلام فيما ورد على الذمة لامطلقا وإلا لاقتضى اشتراط رؤية المسلم فيه والصيغة فلا يرد صحة سلم الأعمى دون شرائه (أمور) سبعة أخرى اختص بها

لايصح وصفه بكونه فى الذمة إلا بتجوز كأن يقال موصوف مبيعه أو ماتعلق به أو نحو ذلك ولا حاجة إليه (قوله المتفق عليها) دفع به مايقال إن التعريف بما ذكر ليس مانعا لشموله بيع موصوف فى الذمة بلفظ البيع فإن التعريف صادق عليه مع أنه ليس بسلم (قوله قيل) أى قال بعضهم ، وليس الغرض تضعيفه (قوله بصيغة واحدة) ولا يخرج عن ذلك انعقاده بلفظ السلف كالسلم لأنهما لترادفهما يعدان واحدة ، وكذلك انعقاده بالتزويج كالنكاح لايخرجهما عن كونهما صيغة واحدة لترادفهما حج بالمعنى (قوله لايصح إسلام الكافر فى الرقيق) ومثل ذلك كل مايمتنع تملك الكافر له كالمصحف وكتب العلم والسلم من الحربى فى السلاح (قوله فى الرقيق) ومفهومه أن المسلم إذا أسلم الكافر فى عبد مسلم صح ، لكن قال حج : الذى يتجه فيه عدم الصحة مطلقا : أى سواء كان حاصلا عند الكافر أو لا . أقول : وذلك لندرة دخول العبد المسلم فى ملك الكافر فأشبه السلم فيما يعز وجوده ، ولايرد مالو كان فى ملكه مسلم لأن ما فى الذمة لاينحصر فيه ولا يجب دفعه عما فيها ويجوز تلفه قبل التسليم فلا يحصل به المقصود (قوله ومثل الرقيق المسلم المرتد) أى فلا يصح إسلام الكافر فيه لبقاء علقة الإسلام فيه (قوله لا مطلقا) يؤخذ مما نقله الشيخ عميرة عن السبكى حيث قال : وينبغى أن يحذف كون المسلم فيه دينا لأنه ركن مذكور فى

لأن السلم ليس من لازمه التأجيل كما سيأتى (قوله ولهذا قال الشارح هذه) أى ما فى المتن وإلا فما أجاب به الشارح الجلال غير ما أشار إليه الشارح هنا . والحاصل أنه يجاب عن المتن فى اقتصاره على ماذكره بجوابين : إما أنه حذف التقييد بلفظ السلم لعلمه من كلامه الآتى وهو الذى سلكه الشارح هنا وإما بأن ما فى المتن تعريف له بالخاصة المتفق عليها ، وهو الذى سلكه الشارح الجلال وقد أوضح كلامه الشهاب حج فى تحفته ، وحينئذ فمعنى كلام الشارح هنا أنه حيث علم أنه لابد من التقييد بلفظ السلم : أى أو السلف فما اقتصر عليه المصنف تعريف له بالخاصة المتفق عليها كما ذكره الشارح الجلال (قوله مشيرا به إلى أن الكلام فيما ورد على الذمة الخ) أقول فى كون الشارح الجلال أشار إلى هذا نظر ظاهر ، إذ لايفهم مما قاله هذا بوجه . والظاهر أنه إنما أشار به إلى أن المصنف أراد بالشرط مايشمل الركن ، فيفيد أن أركانه أركان البيع كما أن شروطه شروط البيع ، وأما اشتراط الرؤية فليس فى كل بيع كما لايخفى بل الشرط العلم بالمبيع ، ثم إن كان معينا فعلمه بالرؤية ، وإن كان فى الذمة فعلمه بالمقدار والوصف ، وهذا هو المراد هنا لأنه فى الذمة فلا استثناء ، وإن ذهب إليه الشهاب حج فقد أشار إلى رده الشهاب سم ، ثم رأيت الشيخ عميرة صرح بأن مراد الشارح الجلال ماذكرته (قوله والصيغة) لايناسب ماقدمه لأن الصيغة ركن لاشرط ، ومراده أن الصيغة وإن توقفت عليها الصحة هنا وهناك إلا أنها هنا غيرها هناك (قوله فلا يرد صحة سلم الأعمى) انظر ما موقع هذه العبارة وعبارة التحفة عقب قول المصنف يشترط له مع شروط البيع نصها ماعدا الرؤية ، وقيل المراد شروط البيع فى الذمة فلا يحتاج لاستثناء الرؤية ، ويؤيده ماقدمه من صحة سلم الأعمى انتهت (قوله سبعة أخرى اختص بها) فيه أن بعض السبعة شرط للبيع أيضا كالقدرة على التسليم والعلم ، وأما مافيه من

فلذا عقد لها هذا الكتاب (أحدها تسليم رأس المال) وهو الثمن (فى المجلس) الذى وقع العقد به قبل التفرق منه أو لزومه لما مر من أن لزومه كالتفرق ، إذ لو تأخر لكان فى معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال فى الذمة ، ولأن فى السلم غررا فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال ، ولا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضى أبو الطيب كالصرف ، ولا يغنى عنه شرط تسليمه فى المجلس ، فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو ألزماه بطل العقد أو قبل تسليم بعضه بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من المسلم فيه وصح فى الباقى بقسطه ، قالا كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض فيؤخذ منه ثبوت الخيار ، وبه صرح فى الأنوار وإن جزم السبكى بخلافه ، ولو اختلفا فقال المسلم أقبضتك بعد التفرق وقال المسلم إليه قبله ولا بينة صدق مدعى الصحة كما علم مما مر ، فإن أقاما بينتين قدمت بينة المسلم إليه لأنها مع موافقتها للظاهر ناقلة والأخرى مستصحبة ، ولا يكفى قبض المسلم فيه الحال فى المجلس عن قبض رأس المال لأن تسليمه فيه تبرع وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات ، وأفهم كلامه أنه لو قال أسلمت إليك المائة التى فى ذمتك مثلا فى كذا أنه لا يصح السلم وهو كذلك (فلو أطلق) رأس المال

الحد اه أنه دفع بذلك ما يقال هذه الأمور المعتبرة بعضها ركن وبعضها شرط ، ووجه الدفع أنه أشار إلى أن المراد بالشروط ماتتوقف عليه الصحة ركنا كان أو غيره ، ويصرح به قول الشارح الآتى فى الشرط الثانى فراده بالشرط مالابد منه فيشمل الركن كما هنا (قوله أحدها تسليم رأس المال) المعتمد جواز الاستبداد بقبض رأس المال لأن باب الربا أضيق من هذا الباب . وصرحوا فيه بجواز الاستبداد بالقبض فهذا من باب أولى ، ويحمل ما هنا على ما إذ غلب على ظنه عدم الرضا بالقبض سواء كان السلم حالا أو مؤجلا رملى اه شيخنا زيادى . وقوله بقبض رأس المال : أى إذا كان معينا ، أما إذا كان فى الذمة فلا مالم يعين فى المجلس ، فإن عين فيه جاز الاستبداد بقبضه لكن ينافيه قول المصنف بعد فلو أطلق ثم عين وسلم فى المجلس جاز فإن مفهومه أنه لو لم يسلم ولكن استقل المسلم إليه بقبضه لم يجز ، ويؤيد الأول قاعدة أن الواقع فى مجلس العقد كالواقع فى نفسه (قوله قبل التفرق) بيان للمراد من المجلس حتى لو قاما وتماشيا منازل حتى حصل القبض قبل التفرق لم يضر (قوله أو ألزماه) أى أو أحدهما (قوله بطل العقد) أى سواء حصل القبض بعد ذلك فى المجلس أم لا (قوله فيؤخذ منه ثبوت الخيار) ظاهره أنه لكل من المسلم والمسلم إليه وهو خيار عيب فيكون فوريا ، لكن فى سم على حج مانصه : أى للمسلم إليه بخلاف المسلم لتقصيره بعدم إقباض الجميع اه فليحرر وليراجع . أقول : قول سم قريب ، وعليه فلو فسخ المسلم إليه ثم تنازعا فى قدر ماقبضه صدق لأنه الغارم ، وإن أجاز وتنازعا فى قدر ماقبضه فينبغى تصديق المسلم إليه لأن الأصل عدم قبضه لما يدعيه المسلم ، وليس هذا اختلافا فى قدر رأس المال أو المسلم فيه لاتفاقهما على أن رأس المال كذا وإنما الخلاف فيما قبضه منه (قوله فإن أقاما بينتين) أى على ماقالاه (قوله وأفهم كلامه الخ) لعل وجهه أن مافى الذمة لايتعين إلا بقبض صحيح ولا يتأتى ذلك فيه مادام فى الذمة (قوله التى فى ذمتك مثلا) وخرج به مالوكان له تحت يده وديعة فأسلمه إياها فإنه يصح ويحصل قبضها بمضى زمن يمكن فيه الوصول إليها إن كانت

التفصيل هنا فقدار زائد على أصل الشرط ، على أن التفصيل بعينه يجرى فى البيع الذمى كما لا يخفى (قوله ولو اختلفا فقال المسلم أقبضتك بعد التفرق الخ) وظاهر أنه لو انعكس الأمر صدق المسلم وقدمت بينته لما ذكر من تعليلهما (قوله قدمت بينة المسلم إليه) كان الأولى الإظهار (قوله والأخرى مستصحبة) أى لحالة عدم القبض

عن تعيينه فى العقد كأسلمت إليك دينارا فى ذمتى فى كذا (ثم عين وسلم فى المجلس) قبل التخاير (جاز) أى حل العقد وصح لأن المجلس حريم العقد فله حكمه (ولو أحال المسلم به) السلم إليه على ثالث له عليه دين أو عكسه فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم مما يأتى فى بابها (و) إذا (قبضه المحتال) وهو المسلم إليه فى الصورة الأولى (فى المجلس) نص عليه ليعلم منه حكم مالم يقبض فيه بالأولى (فلا يجوز) أى لايحل ولا يصح إذ المحال عليه يؤديه عن جهة نفسه لاعن جهة المسلم ، ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتال بعد قبضه بإذنه له وسلمه فى المجلس صح ، بخلاف مالو أمره المسلم بالتسليم للمسلم إليه لأن الإنسان فى إزالة ملكه لايصير وكيلا لغيره ، لكن المسلم إليه حينئذ وكيل للمسلم فى القبض فيأخذه منه ثم يرده كما تقرر ، ولا يصح قبضه من نفسه خلافا للقفال ، وقول الشارح : ويؤخذ من ذلك صحة العقد فى التسليم قبل التفرق على خلاف ماتقدم فى إحالة المسلم ، معناه أنه أمر المسلم إليه المسلم بالتسليم إلى المحتال . نعم لو أسلم وديعة للوديع جاز من غير إقباض لأنها كانت ملكا له

غائبة كما يأتى فى كلامه (قوله كأسلمت إليك دينارا فى ذمتى) ليس بقيد بل يكفى أسلمت إليك دينارا ويحمل على ما فى الذمة (قوله أى حل العقد وصح) غرضه به تبعا للمحلى التورك على المصنف فى تعبيره بالجواز لأن الكلام فى الصحة وعدمها لا فى الجواز وعدمه (قوله فله حكمه) ويشترط فى رأس المال الذى فى الذمة بيان وصفه وعدده مالم يكن من نقد البلد الذى مر فى البيع تنزيله عليه فلا يحتاج لبيان نحو عدده الخ اهـ حج : وكتب عليه سم قوله وعدده يتأمل ما المراد بهذا الكلام فإن ظاهره فى غاية الإشكال اهـ . أقول : ووجهه أن النقود إنما يتميز بعضها عن بعض بالجنس أو النوع أو الصفة ، والعدد لادخل له فى تميز بعض النقود عن بعض اللهم إلا أن يقال : يجوز أن يقع الاصطلاح عند قوم على الاسم الفلانى كناية عن عدد مخصوص كاستعمال الدراهم فى عشرة مثلا فيكفى ذكرها مطلقة عن بيان العدد وفيه مافيه ، ثم رأيت كلام الشارح الآتى : ولو أسلم دراهم أو دنانير فى الذمة حمل على غالب نقد البلد الخ ، وهو صريح فى أنه لابد من ذكر العدد وإن كان نقد البلد بصفة معلومة (قوله ولو أحال المسلم به) أى رأس المال (قوله أو عكسه) أى بأن أحال المسلم إليه ثالثا على المسلم (قوله بكل تقدير) قال فى شرح الروض : لتوقف صحتها على صحة الاعتياض عن المحال به ، وعليه فهى منتفية فى رأس مال السلم اهـ سم (قوله فى الصورة الأولى) هى قوله ولو أحال المسلم به المسلم إليه على ثالث الخ (قوله نص عليه) أى على القبض فى المجلس (قوله بإذنه له) أى بإذن جديد فلا يكفى ما تضمنته الحوالة اهـ سم على منهج (قوله بخلاف ما لو أمره) أى بعد الحوالة (قوله فيأخذه) أى المسلم منه أى المسلم إليه (قوله نعم لو أسلم وديعة) ومثل الوديعة غيرها مما هو ملك للمسلم كالمعار والمستام والمؤجر وغير ذلك مما يفيده التعليل والمغصوب حيث جعله رأس مال سلم لمن يقدر على انتزاعه وقبضه فى المجلس ، بخلاف ما إذا لم يقدر مالكه على انتزاعه ولا المسلم إليه فلا يجوز جعله رأس مال سلم كما لايجوز بيعه ، فلو اتفق أن من هو بيده رده على خلاف ما كان معتقدا فيه أو أخذه منه من هو أقوى منه ودفعه لمالكه فسلمه فى المجلس لم يصح لأن ما وقع باطلا لاينقلب صحيحا (قوله لأنها كانت الخ)

(قوله ويؤخذ من ذلك) لم يتقدم مرجع الإشارة فى كلامه ، والحاصل أن الشارح الجلال نقل عن الشيخين أن المسلم إليه لو أحال ثالثا على المسلم فتفرقا قبل التسليم بطل العقد ، ثم قال : ويؤخذ من ذلك : أى من قولهما قبل التسليم صحة العقد الخ ، ثم فرق بينه وبين ما فى المتن بما مر فى تعليله ، وقد مر أن الحوالة باطلة فى هذه أيضا فيكون قبض المحتال بطريق الوكالة عن المسلم إليه ، ولعل هذا هو الذى أشار إليه الشارح بقوله معناه الخ ، ثم رأيت المسئلة

قبل السلم بخلاف ماذكر (ولوقبضه) المسلم إليه (وأودعه المسلم)وهما بالمجلس (جاز) ولو رده إليه قرضا أو عن دين جاز أيضا على المعتمد من تناقض فيه لأن تصرف أحد المتعاقدين فى مدة خيار الآخر إنما يمتنع إذا كان مع غير الآخر ، ولأن صحته تقتضى إسقاط ماثبت له من الخيار ، أما معه فيصح ويكون ذلك إجازة منهما ، ولو أعتقه المسلم إليه قبل قبضه أوكان ممن يعتق عليه فإن قبضه قبل التفرق بانت صحته ونفوذ العتق وإلا بان بطلانهما (ويجوز كونه) أى رأس المال (منفعة) معلومة كما يجوز جعلها ثمنا وأجرة وصداقا كأسلمت إليك منفعة هذا أو منفعة نفسى سنة أوخدمتى شهرا أو تعليمى سورة كذا فى كذا ، كما صرح به الرويانى ولم يطلع عليه الأسنوى فبحثه (وتقبض بقبض العين) الحاضرة ومضى زمن يمكن فيه الوصول للغائبة وتخليتها فى المجلس لأن القبض فيه بذلك ، إذ القبض الحقيقى لما تعذر اكتفى بهذا لأنه الممكن فى قبض المنفعة ، ومما استثنى من ذلك أن الحرّ لو سلم نفسه ثم أخرجها من التسليم

وبهذا يفرق بين صحة السلم هنا وفساده فيما لو قال أسلمت إليك المائة التى فى ذمتك فإن المائة ثم لايملكها المسلم إلا بالقبض لأن مافى الذمة لايملك إلا بذلك (قوله قبل السلم) أى وهى لكونها فى يد المسلم إليه يكفى فى قبضها مضى زمن يمكن فيه الوصول إليها (قوله ولأن) الأولى حذف الواو ، ثم رأيته كذلك فى نسخة صحيحة (قوله ولو أعتقه) أى رأس المال (قوله فإن قبضه) أى رأس المال وهوالعبد (قوله بانت صحته) والفرق بين هذا وبين ماتقدم فى البيع حيث جعل الإعتاق قبضا ثم لا هنا أنه لما كان المعتبر هنا القبض الحقيقى لم يكتف بالإعتاق لأنه ليس قبضا حقيقيا بخلافه ثم فإنه يكتفى فيه بالقبض الحكمى (قوله ويجوز كونه الخ) قال المحلى : وهذه المسألة مذكورة فى الشرح ساقطة من الروضة اهـ . أقول : أشار به إلى أن المصنف تناقض كلامه حيث أسقطها ثم ، فأشعر بأن ذلك لعدم تأتى القبض الحقيقى فيها لايصح جعلها رأس مال سلم ، وحكمة إسقاطها من الروضة أن فيها إشكالا أو أنه لم يعتمدها ثم ، وقد يقال : لاتناقض لجواز أنه أشار بما فى المنهاج ، إلا أن القبض الحقيقى إنما يعتبر فيما يمكن فيه وهذا لما لم يمكن فيه ذلك اكتفى فيه بقبض محله وبماهنا يقيد ما فى الشرح (قوله أو منفعة نفسى) ولا يكفى أسلمت إليك منفعة عقار صفته كذا لما يأتى من أن منفعة العقار لاتثبت فى الذمة (قوله كما صرّح به) أى فى الأخيرة (قوله وتقبض بقبض العين) لو تلفت قبل فراغ المدة ينبغى انفساخ السلم فيما يقابل الباقى لتبين عدم حصول القبض فيه كما لو تلفت الدار المؤجرة قبل المدة فليحرّر اهـ سم على منهج (قوله وتخليتها فى المجلس) إن عطف على الوصول اقتضى أنه لاتعتبر التخلية بالفعل ، والظاهر أنه ليس كذلك كما يعلم مما تقدم فى مباحث القبض مع ماجررناه ثم وإن عطف على مضى لم يقتض ذلك بل اعتبار التخلية بالفعل اهـ سم على حج . والمراد

مفصلة فى الروض وشرحه طبق ماذكرته فلا بد فى الصحة من أمر المسلم إليه كما ذكر ، فقوله معناه فى الحقيقة تقييد لكلام الجلال (قوله لأن صحته) أى مع الغير (قوله تقتضى إسقاط ماثبت له) أى للآخر (قوله فى كذا) منصب على جميع المسائل قبله ، وكان ينبغى تأخيره عن قوله كما صرح به الرويانى الخ (قوله ومضى زمن الخ) أى وإن كانت غائبة ببلد بعيد كما هو ظاهر ، فلو تفرقا قبل مضى زمن يمكن فيه الوصول إليها انفسخ العقد (قوله وتخليتها) معطوف على مضى وشمل كلامه المنقول وغيره (قوله فى المجلس) متعلق بكل من مضى وتخليتها كما نبه عليه الشهاب سم (قوله إذ القبض الحقيقى الخ) تعليل للمتن (قوله ومما استثنى من ذلك) عبارة التحفة : وزعم الأسنوى الخ فانظر ماوجه تعبير الشارح بالاستثناء ، وانظر هل الصورة أنه أخرج نفسه فى المجلس أو بعده ، وظاهر أن له إخراج نفسه فى المجلس لعدم اللزوم ، فمحل الكلام إذا أخرج نفسه بعد التفرق

بطل لأنه لايدخل تحت اليد مردود إذ لايمكنه إخراج نفسه كما فى الإجارة (وإذا فسخ) السلم (بسبب يقتضيه) كانقطاع المسلم فيه الآتى (ورأس المال باق) لم يتعلق به حق ثالث وإن تعيب (استرده بعينه) ولو معينا فى المجلس فقط لأن المعين فيه كالمعين فى العقد (وقيل للمسلم إليه رد بدله إن عين فى المجلس دون العقد) لأنه لم يتناول عينه ، وأجاب عنه الأول بما مرّ . أما إذا كان تالفا فإنه يسترد بدله من مثل فى المثلى وقيمة فى المتقوّم ، ولو أسلم دراهم أو دنانير فى الذمة حمل على غالب نقد البلد ، فإن لم يكن غالب بين المراد بالنقد وإلا لم يصح كالثمن فى البيع أو أسلم عرضا وجب ذكر قدره وصفته (ورؤية رأس المال) المثلى فى سلم حالّ أو مؤجل (تكفى عن معرفة قدره فى الأظهر) كالثمن ولا أثر لاحتمال الجهل بالرجوع به لو تلف كما لا أثر له ثم لأن صاحب اليد مصدّق فى قدره لكونه غارما ، ولو علماه قبل تفرّقهما صحّ جزما إذ علة القول بالبطلان هنا غير راجعة لخلل فى العقد للعلم به تخمينا برؤيته بل فيما بعده وهو الجهل به عند الرجوع لو تلف ، وبالعلم به قبل التفرّق زال ذلك المحذور ، وبهذا يتبين أن استشكاله بأن ما وقع مجهولا لاينقلب صحيحا بالمعرفة فى المجلس كبعتك بما باع به فلان فرسه فعلماه قبل التفرق غير ملاق لما نحن فيه لأن البطلان هنا لخلل فى العقد وهو جهلهما به من كل وجه عنده فلم ينقلب صحيحا لعلمهما به بعد . أما المتقوّم الذى انضبطت صفاته بالرؤية فتكفى فيه الرؤية جزما.وقيل على الخلاف ، ويفرق

تخليتها من أمتعة غير المسلم إليه (قوله كما فى الإجارة) ويتجه فى رأس المال أنه لايشترط فيه عدم عزّة الوجود ويفرق بينه وبين المسلم فيه بأنه لاغرر هنا لأنه إن أقبضه فى المجلس صح وإلا فلا بخلافه ثم ، ثم رأيتهم صرحوا بذلك اه حج : أقول : ويفرق أيضا بأن رأس المال يجوز الاستبدال عنه على المعتمد بخلاف المسلم فيه (قوله لم يتعلق به حق ثالث) كأن رهنه أو كاتبه أو باعه ولم يعد إليه بعد البيع ، فإن عاد إليه بعد ذلك رده لأنه كان لم يزل ملكه عنه (قوله استرده) أى ولا أرش له فى مقابلة العيب كالثمن فإن المشترى يأخذه من البائع بلا أرش إذا فسخ عقد البيع بعد تعيبه حيث كان العيب نقص صفة لا نقص عين ، ، فإن كان كذلك رده مع الأرش كما صرح به الشارح فى باب الخيار ، وعبارته بعد قول المصنف : ولو تلف الثمن دون المبيع رده وأخذ مثل الثمن أو قيمته ، نصها : أما لو بقى فله الرجوع فى عينه سواء كان معينا فى العقد أم عما فى الذمة فى المجلس أو بعده وحيث رجع ببعضه أو كله لا أرش له على البائع إن وجده ناقص وصف كأن حدث به شلل كما أنه يأخذه بزيادته المتصلة مجانا اه . ثم ظاهر قوله فله الرجوع فى عينه أنه يخير بين ذلك وبين العدول إلى بدله ، وظاهر قول المصنف هنا استرده بعينه أنه يجبر على ذلك ، فإن كان المراد ماذكر من أنه يتخير ثم ، ويجبر هنا أمكن توجيهه بأنه ثم لم يتسبب فى رجوعه له لأن فرض الكلام ثم فيما لو تلف المبيع تلفا أدى إلى فسخ البيع وما هنا مفروض فيما لو فسخ هو العقد لسبب يقتضيه (قوله بعينه) أى ولوحجر على المسلم إليه (قوله المثلى) قيد به لأن فى المتقوّم طريقين كما يأتى (قوله وقيمة فى المتقوّم) قال حج : وظاهر أنه يأتى هنا جميع مامر فى الثمن بعد الفسخ بنحو رد بعيب أو إقالة أو تحالف اه : أى ومنه يعلم أن المعتبر فى قيمة المتقوّم قيمته يوم التلف (قوله وصفته) مراده بها مايشمل جنسه ونوعه (قوله وبهذا) أى بما ذكر من أن علة البطلان ليست لخلل فى العقد (قوله بما باع به فلان فرسه) أى فإنه باطل (قوله لما نحن فيه) أى من أنهما لوعلماه قبل تفرقهما صح جزما (قوله لأن البطلان هنا) أى فيما لو قال بعتك بما باع به فلان فرسه (قوله أما المتقوّم) محترز قوله المثلى ، وقضية قوله الذى انضبطت صفاته أن الذى لاتنضبط صفاته لاتكفى رؤيته ، وهو خلاف ماتقدم فى البيع من الاكتفاء برؤية العوض المعين وإن جهل جنسه أو صفته ، ثم رأيت فى سم على حج مانصه : ثم إنه لم يبين محترز قوله الذى انضبطت الخ ، ولعله أنه يجرى فيه الخلاف . فإن

على الأول بأن الضرر فيه أقل منه فى المثلى ، ومقابل الأظهر لايكفى بل لابد من معرفة قدره بالكيل فى المكيل أو الوزن فى الموزون ، وقول الشارح والذرع فى المذروع رأى مرجوح إذ الأصح أنه ليس بمثلى لأنه قد يتلف وينفسخ السلم فلا ندرى بما يرجع (الثانى) من الشروط (كون المسلم فيه دينا) كما علم من حدّه السابق فراده بالشرط مالا بد منه فيشمل الركن كما هنا لأن لفظ السلم موضوع له (فلو قال أسلمت إليك هذا الثوب) أو دينارا فى ذمتى (فى هذا العبد) فقبل (فليس بسلم) قطعا لانتفاء الدينية (ولا ينعقد بيعا فى الأظهر) عملا بالقاعدة الأكثرية من ترجيحهم مقتضى اللفظ ولفظ السلم يقتضى الدينية ، وقد يرجحون المعنى عند قوته كجعلهم الهبة ذات ثواب معلوم بيعا ، ولو أسلم إليه ماذكر فى سكنى هذه سنة لم يصح بخلافه فى منفعة نفسه أو قنه أو دابته كما قاله الأسنوى والبلقينى وغيرهما ، ووجهه أن منفعة العقار لاتثبت فى الذمة بخلاف غيره كما يعلم مما يأتى فى الإجارة (ولو قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم) أو بدنانير فى ذمتى (فقال بعتك انعقد بيعا) اعتبارا باللفظ وهو الأصح هنا كما صححه فى الروضة (وقيل سلما) نظرا للمعنى ، واللفظ لايعارضه لأن كل سلم بيع كما أن كل صرف بيع ، وإطلاق البيع على السلم إطلاق له على مايتناوله ، وقد صحح هذا جمع متأخرون وأطالوا فى الانتصار له ، وعلى الأول لابد من تعيين رأس المال فى المجلس إذا كان فى الذمة ليخرج عن بيع الدين بالدين ويثبت فيه خيار الشرط ويجوز الاعتياض عنه ، وعلى الثانى ينعكس الحكم ، ومحل الخلاف عند انتفاء ذكر لفظ السلم بعده وإلا كان سلما بالاتفاق لمساواة اللفظ المعنى حينئذ (الثالث) من الشروط ماتضمنه

قيل بل هو البطلان لعدم رؤية معتبرة . قلت : ممنوع لأن الرؤية المعتبرة فى الصحة لايكون معها انضباط (قوله ولا ينعقد بيعا) أى وعليه فتى وضع يده عليه ضمنه ضمان الغصوب ولا عبرة بإذنه له فى قبضه ، لأنه ليس إذنا شرعيا بل هو لاغ (قوله ذات ثواب معلوم بيعا) قال حج : نعم لو نوى بلفظ السلم البيع فهل يكون كناية كما اقتضته قاعدة ماكان صريحا فى بابه لأن هذا لم يجد نفاذا فى موضوعه فجاز كونه كناية فى غيره أولا ، لأن موضوعه ينافى التعيين فلم يصح استعماله فيه ، وما فى القاعدة محله فى غير ذلك كلٌّ محتمل : والثانى أقرب إلى كلامهم ولا ينافيه ما يأتى أواخر الفرع من صحة نية الصرف بالسلم لأنه لاتعيين ثم ينافى مقتضاه (قوله ولو أسلم إليه ماذكر) أى من قوله هذا الثوب أو دينارا فى ذمتى (قوله فى منفعة نفسه) أى المسلم إليه (قوله بخلاف غيره) أى وما منه ، وقد يتوقف فى الفرق المذكور بأن محل المنفعة فى غير العقار من نفسه وقنه ودابته معين ، والمعين بصفة كونه معينا لايثبت فى الذمة ، فأى فرق بينه وبين العقار اللهم إلا أن يقال : لما كان العقار لم يثبت فى الذمة أصلا لم يغتفر صحة ثبوت منفعته فى الذمة إذا كان مسلما فيه ، بخلاف غيره لما كان يثبت فى الذمة فى الجملة اغتفر ثبوت منفعته فى الذمة ، وبقولنا فى الجملة لايرد الحرّ وإن كان لايثبت فى الذمة أصلا مع أنه يصح السلم فى منفعته لما علمت وذلك لأن البدل الذى تتعلق به المنفعة يثبت فى الذمة بفرض كونه رقيقا (قوله ويجوز الاعتياض عنه) أى عن رأس المال ، أما الثمن نفسه فلا يجوز الاعتياض عنه (قوله وإلا كان سلما) أى بأن ذكر ذلك فى صلب العقد متمما للصيغة لا فى مجلسه ، ويشترط الفور بينه وبين ماتقدمه من الصيغة (قوله الثالث من الشروط ماتضمنه

(قوله رأى مرجوح) لعل مقابل الأظهر من القائلين به والشارح أراد حكايته لاغير (قوله لأنه قد يتلف) علة مقابل الأظهر (قوله ذات ثواب) حال من الهبة لأنه بمعنى صاحبه (قوله على الأول لابد من تعيين رأس المال فى المجلس) أى بخلاف قبضه فلا يشترط (قوله ويجوز الاعتياض عنه) سيأتى له فى كتاب التفليس قبيل قول المصنف

قوله (المذهب أنه إذا أسلم)سلم حالا أو مؤجلا وهما (بموضع لايصلح للتسليم أو) سلما مؤجلا وهما بمحل(يصلح) له (و) لكن (لحمله) أى المسلم فيه (مؤنة اشترط بيان محل) بفتح الحاء : أى مكان (التسليم) المسلم فيه لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة فى ذلك (وإلا) بأن كان صالحا للتسليم والسلم حال أو مؤجل ولا مؤنة لحمل ذلك إليه(فلا) يشترط ماذكر ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه فإن عين غيره تعين ، بخلاف المبيع المعين لأن السلم لما قبل التأجيل قبل شرطا يقتضى تأخير التسليم ، ولو خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل صالح له ولو أبعد منه ولا أجرة له فيما يظهر لاقتضاء العقد له فهو من تتمة التسليم الواجب ، ولا يثبت للمسلم خيار ولا يجاب المسلم إليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال ولو لخلاص ضامن وفك رهن خلافا للبلقينى ومن تبعه ، ولو انهدمت دار عينت للإرضاع المستأجر عليه ولم يتراضيا على محل غيرها فله الفسخ كما أفتى به البلقينى ، ويفارق مانحن فيه بأن المدار هنا على مايليق بحفظ المال والمؤن ، والغالب استواء المحلة فيهما ويشهد لذلك قولهم المراد بمحل العقد هنا محلته لاخصوص محله فيهما ، ولهذا قالوا لو قال تسلمه لى فى بلد كذا وهى غير كبيرة كفى إحضاره فى أولها وإن بعد عن منزله أو فى أى محل شئت منه صح مالم يتسع وثم على حفظ الأبدان وهو يختلف باختلاف الدور ، ولهذا لو عينا دارا للرضاع تعينت ، ومقابل المذهب ستة طرق معلومة . ومتى اشترط التعيين فتركه لم

قوله الخ) دفع به مايرد على المصنف من أن الإخبار بما ذكر لايستقيم ، إذ الشرط هو بيان محل التسليم لا قوله المذهب الخ (قوله بخلاف المبيع المعين) أى حيث يبطل بتعيين غير محل العقد للقبض ، ومنه ماتقدم من أنه لو اشترى حطبا أو نحوه وشرط على البائع إيصاله إلى بيت المشترى حيث يبطل العقد (قوله عن الصلاحية) أى سواء كان ذلك بخراب أو خوف أو غيرهما ، وهو ظاهر خلافا لما فى العباب من التفرقة بين الخوف والخراب حيث قال : إن كان لخراب تعين أقرب موضع ، وإن كان لخوف فلا يجب على المسلم القبول فيه ولا على المسلم إليه النقل إلى غيره فيتخير المسلم (قوله تعين أقرب محل) بقى مالو تساوى المحلان هل يراعى جانب المسلم أو المسلم إليه ؟ فيه نظر ، والأقرب تخيير المسلم إليه لصدق كل من المحلين بكونه صالحا للتسليم من غير ترجيح لغيره عليه (قوله ولا أجرة له) أى يأخذها المسلم فى الأبعد أو المسلم إليه فى الأنقص ، والمراد أجرة الزيادة فى الأبعد والنقص فى الأنقص اه سم على حج (قوله فله الفسخ) أفاد أنه لاينفسخ بنفس الانهدام ، وعليه فلو لم يتراضيا أعرض عنهما حتى يصطلحا على شىء ، وقضيته أيضا أنه لايشترط الفور فى الفسخ (قوله والغالب استواء المحلة) أى الناحية (قوله صح مالم يتسع) أى البلد ، وبقى مالو اختلف اعتقادهما هل العبرة بعقيدة المسلم أوالمسلم إليه ؟ فيه نظر ، والأقرب أن العبرة بعقيدة الحاكم المرفوع إليه (قوله وثم) راجع إلى قوله بأن المدار هنا على مايليق بحفظ المال (قوله ستة طرق معلومة) نصها كما فى المحلى ، والمسئلة فيها نصان بالاشتراط وعدمه فقيل هما مطلقا وقيل هما فى حالين قيل فى غير الصالح ومقابله ، وقيل فيما لحمله مؤنة ومقابله ، وقيل هما فى الصالح ويشترط فى غيره ، وقيل هما فيما لحمله مؤنة ولا يشترط فى مقابله ، وقيل هما فيما ليس لحمله مؤنة ويشترط فى مقابله . وقوله ستة طرق : أى غير المذكورة فى كلام المصنف فتصير الطرق سبعة . وقال سم على حج : والحاصل أنه إن لم يصلح الموضع وجب البيان مطلقا ، وإن صلح وليس لحمله مؤنة لم يجب البيان مطلقا ، وإن صلح ولحمله مؤنة وجب البيان فى المؤجل

ولا يسلم مبيعا قبل قبض ثمنه التصريح بعدم صحة الاعتياض عنه ، فما هنا محمول على الثمن كما نقله الشهاب سم عن والد الشارح ، والمسئلة فيها قولان (قوله والمؤن) معطوف على مايليق

يصح العقد ، وبما قررنا بهكلام المصنف علم صحة قول ابن الرفعة إن محل قولهم السلم الحال يتعين فيه موضع العقد للتسليم ،مطلقا حيث كان صالحا له وإلا كأن أسلم فى كثير من الشعير وهما سائران فى البحر فالظاهر اشتراط التعيين كما هو ظاهر كلام الأئمة وإن توقف فيه بعضهم إذ هو ظاهر ، وجزم به غيره لأن من شرط الصحة القدرة على التسليم وهو حال وقد عجز عنه فى الحال ، وحينئذ فلا فرق بين الحالّ والمؤجل إذا لم يكن الموضع صالحا فى اشتراط التعيين ، ويدل عليه كلام الماوردى أيضا وقول الشارح تبعا لكثير والكلام فى السلم المؤجل أما الحالّ فيتعين فيه موضع العقد للتسليم : أى إذا كان صالحا وإلا اشترط بما فيه من التفصيل ، وحينئذ فقد افترق الحالّ والمؤجل من بعض الوجوه وذلك كاف فى صحة المفهوم (ويصح) السلم مع التصريح بكونه (حالا) إن كان المسلم فيه موجودا حينئذ وإلا تعين كونه مؤجلا (و) كونه (مؤجلا) بالإجماع فيه وقياسا أولويا فى الحالّ لقلة الغرر فيه كما مر ، وإنما تعين التأجيل فى الكتابة لأن الأجل إنما وجب فيها لانتفاء قدرة الرقيق ، والحلول ينافى ذلك ، وكون البيع يغنى عنه لا سيما إذا كان فى الذمة لايقتضى منعه على أن العرف اطرد بالرخص فى مطلق السلم دون البيع (فإن أطلق) العقد عن التصريح بهما فيه (انعقد حالا) كالثمن فى البيع (وقيل لاينعقد) لاقتضاء العرف التأجيل فيه فسكوته عنه بمنزلة التأجيل بمجهول ورد بمنع ذلك كما لايخفى (ويشترط) فى المؤجل (العلم بالأجل) لمن يأتى ، فلو لم يكن معلوما لم يصح كإلى الحصاد أو الميسرة أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس أو الشتاء ولم يريدا وقتهما المعين ، وكإلى أول أو آخر رمضان لوقوعه على نصفه الأول أو الآخر كله على مانقلاه عن الأصحاب ، لكن قالا : قال الإمام والبغوى : ينبغى أن يصح ويحمل على الجزء الأول من كل نصف كما فى النفر قال فى الشرح الصغير : وهو الأقوى ، وقال السبكى : إنه الصحيح ، ونقله الأذرعى عمن ذكر وغيره عن نص الأم وقال : إنه الأصح نقلا ودليلا ، وقال الزركشى : إنه المذهب ، وما عزاه الشيخان للأصحاب تبعا فيه الإمام ، وقد سوّى الشيخ أبو حامد بين إلى رمضان وإلى غرّته وإلى هلاله وإلى أوله ، فإن قال إلى أول يوم من الشهر حلّ بأول جزء من أول اليوم ، وكذا الماوردى ، والمعتمد الجواز . قال السبكى : ما نقلاه عن

دون الحال ، وبهذا يعلم احتياج كلام المحلى للتقييد مر اه (قوله وبما قررنا بهكلام المصنف) أى من قوله سلما حالا أو مؤجلا (قوله فلا فرق) أى فى بيان محل التسليم (قوله وإلا اشترط) أى مع ما الخ (قوله وإلا تعين كونه مؤجلا) ومعلوم أنه لابد فى المؤجل من ذكر الأجل فيشترط ذكره (قوله بالإجماع) أى إجماع الأئمة (قوله فيه) أى العقد (قوله كما لايخفى) الكاف فيه وفى نظائره من قوله كما هو ظاهر بمعنى اللام : أى لما يخفى من الدليل الظاهر (قوله لمن يأتى) وهو العاقدان أوعدلان غيرهما (قوله أو الميسرة) أى وقت يسار الناس عادة كالمصيف مثلا (قوله أو طلوع الشمس) أى ظهور ضوئها ، ووجه عدم الصحة فيه أن الصوم قد يستره الغيم أو غيره (قوله ينبغى أن يصح) معتمد (قوله ويحمل) الحمل فى الشق الثانى (قوله على الجزء الأول) عبارة سم على منهج . فرع : لو قال إلى أول رمضان أو آخره صح خلافا لما مشى عليه الروض . ونقله الشيخان عن الأصحاب ويحمل على أول جزء من رمضان وآخر جزء منه فى الثانى مر اه . وسيأتى فى قوله أما على الراجح الخ (قوله وهو) أى ماذكر من الصحة والحمل (قوله تبعا فيه الإمام) أى فى عزوه ذلك للأصحاب فلا ينافى ماتقدم من أن الإمام والبغوى قالا بالصحة (قوله وقد سوّى) أى فى الصحة (قوله والمعتمد الجواز) أى الذى تقدم نقله عن الإمام

(قوله وإلا تعين كونه مؤجلا) بمعنى أنه يتعين التصريح بالتأجيل وإلا يبطل (قوله تبعا فيه الإمام) أى فى عزوه للأصحاب وإلا فالإمام هو القائل بالصحة

الأصحاب لم أره إلا فى طريقة الخراسانيين ، وقال ابن النقيب : سيأتى فى الإجارة والكتابة الجزم بمقالة الإمام اه . وما ذكراه آخرا بعد الصحة من حمله على الجزء الأول من كل نصف رأى مرجوح فى آخره . أما على الراجح فيحمل على آخر جزء منه ، ولو قال فى رمضان لم يصح لأنه جعل جميعه ظرفا فكأنهما قالا : يحلّ فى جزء من أجزائه وهو مجهول ، وإنما جاز ذلك فى الطلاق لأنه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لصدق اللفظ به فوجب وقوعه فيه لكونه قضية الوضع والعرف لا لتعينه ، ولهذا لو علق بتكليمها لزيد فى يوم الجمعة وقع بتكليمها له أثناء يومها ولم يتقيد بأوله ، وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام وإنما قبله بنحو العيد لأنه وضع لكل من الأول والثانى بعينه ، فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الظرف على أزمنته لأنه لم يوضع لكل منهما بعينه بل لزمن مبهم منها (فإن عين) العاقدان (شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز) لأنها معلومة مضبوطة ، ويصح التأقيت بالنيروز ، وهو نزول الشمس برج الميزان ، والمهرجان بكسر الميم وقت نزولها برج الحمل ، وعيد الكفار كفصح النصارى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون ولو عدلين منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختص الكفار بمعرفتها لعدم اعتماد قولهم ، نعم إن كانوا عددا كثيرا يمنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم واكتفى هنا بمعرفة العاقدين الأجل أو معرفة عدلين ولم يكتف بذلك فى صفات المسلم فيه كما سيأتى ، لأن الجهالة هنا راجعة إلى الأجل وثم إلى المعقود عليه فجاز أن يحتمل هنا ما لا يحتمل هناك (وإن أطلق) الشهر (حمل على الهلالى) وهو ما بين الهلالين وإن اطرد عرفهم بذلك إذ هو عرف الشرع هذا إن عقد أوّله (فإن انكسر شهر) بأن وقع العقد فى أثنائه وكان التأجيل بشهور (حسب الباقى) بعد الأول المنكسر (بالأهلة وتمم الأول ثلاثين) مما بعدها ، ولا يلغى المنكسر لئلا يتأخر ابتداء الأجل عن العقد . نعم لو عقدا فى يوم أو ليلة آخر الشهر اكتفى بالأشهر بعده بالأهلة وإن نقص بعضها ، ولا يتمم الأوّل مما بعدها لأنها مضت عربية كوامل ، هذا إن نقص الشهر الأخير ، وإلا لم يشترط انسلاخه بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوما لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ (والأصح صحة تأجيله بالعيد وجمادى) وربيع والفطر (ويحمل على الأوّل) من ذلك لتحقق

والبغوى (قوله رأى مرجوح فى آخره) أى وهو حمله على الجزء الأول من النصف الثانى فيما لو قال إلى آخر رمضان (قوله بالعام) قضيته أن شمول اليوم لجميع أجزائه من العموم وليس كذلك بل هو من التعليق المبهم ، فإن العام هو ما استغرق الصالح له من الأفراد لا من الأجزاء ، فوصفه بالعموم تجوّز وكأن علاقته أنه شبه الأجزاء بالجزئيات وأطلق عليها اسمها (قوله والمهرجان) قال فى المصباح : المهرجان عيد الفرس ، وهى كلمتان مهر وزان حمل وجان لكن تركبت الكلمتان حتى صارتا كالكلمة الواحدة ، ومعناها محبة الروح . وفى بعض التواريخ : كان المهرجان يوافق أوّل الشتاء ، ثم تقدم عنه حتى صار ينزل فى أوّل الميزان انتهى . وهو مخالف لقول الشارح وقت نزولها أوّل برج الحمل (قوله هذا إن نقص الخ) أى الاكتفاء بالأهلة بعد يوم العقد

(قوله العاقدان) أراد به حل المعنى ، وإلا فلا يصح أن يكون هو مرجع الضمير فى المتن ، وإن كان يجب تثنية الضمير فكان الأولى إسقاط الألف والنون ، وعلى كل فيقرأ المتن بالبناء للفاعل وظاهر أنه لا مانع من بنائه للمفعول (قوله وإن اطرد عرفهم بذلك إذ هو عرف الشرع) قد يقال إنه يجب الحمل على المعنى الشرعى إلا إذا كان المخاطب هو الشارع كما هو صريح كلام جمع الجوامع وغيره ، ومن ثم بحث الأذرعى أن محله إن لم يجر عرفهم بخلافه .

الاسم به فيحل بأول جزء منه ، ومن ثم لو كان العقد بعد الأول وقبل الثانى حمل عليه لتعينه كما قاله ابن الرفعه فى العيدين والباقى مثلهما ، والثانى لا بل يفسد لتردده بين الأول والثانى :

فصل فى بقية الشروط السبعة

وقد مر منها أربعة : الثلاثة التى فى المتن ، وحلول رأس المال ، والخامس القدرة على تسليمه فحينئذ (يشترط كون المسلم فيه مقدورا على تسليمه) بلا مشقة كبيرة (عند وجوب التسليم) وذلك بالعقد إن كان حالا وبالحلول إن كان مؤجلا ، لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه فيمتنع السلم فيه ، فإن أسلم فى منقطع عند العقد أو الحلول كرطب فى الشتاء لم يصح ، وكذا لو ظن حصوله عند الوجوب لكن بمشقة عظيمة كقدر كثير من الباكورة ، وصرح بهذا مع كونه داخلا فى قوله مع شروط البيع ليرتب عليه مابعده وليبين به محل القدرة المفترقين فيها ، فإن بيع المعين تعتبر فيه عند العقد مطلقا وهنا يعتبر هذا تارة وتارة يعتبر الحلول كما تقرر ، ويأتى فى تعبيره

(قوله بعد الأول) لعل المراد بالبعدية فى الربيعين وجماديين أن العقد وقع فى أثناء ربيع الأول أو جمادى الأولى ، وقال إلى ربيع أو جمادى فيحمل على أول الثانى ، وإلا فلا يتصور حمله على أول ربيع الثانى إذا ورد العقد بعد انسلاخ الأول فليتأمل . وقوله بل يتمم منه المنكسر : أى وهو اليوم الأخير من الشهر الذى وقع فيه العقد ، فإذا وقع العقد وقت الزوال من ذى الحجة مثلا وأجل بثلاثة أشهر اكتفى بالمحرم وصفر مطلقا كاملين أو ناقصين أو مختلفين ، وكذا ربيع الأول إن نقص بخلاف ما لو كمل فإن الدين يحل وقت الزوال منه .

(فصل) فى بقية الشروط

(قوله وحلول رأس المال) أى المتقدم فى قوله أول الكتاب ولا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضى أبو الطيب كالصرف (قوله بلا مشقة كبيرة) أى بالنسبة لغالب الناس فى تحصيله إلى موضع وجوب التسليم (قوله وكذا لو ظن) أى فإنه لا يصح : أى وعليه فلو تبين أنه كثير فى نفس الأمر فهل يتبين صحة العقد اكتفاء بما فى نفس الأمر أو لا نظرا لعقد الشرط ظاهرا ؟ فيه نظر ، وقضية قولهم العبرة فى شروط البيع بما فى نفس الأمر الأول ، وقوله مع شروط البيع : أى المذكور أول الباب يشترط له مع شروط البيع شروط (قوله وصرح بهذا) أى قوله يشترط كون المسلم فيه الخ (قوله وليبين به محل القدرة) هذا التعليل أولى مما قبله لأن محصل هذا أن الشرط كون القدرة عليه فى محله ، وهذا زيادة على مفهوم القدرة على التسليم فلا ينافى أن الأمور المعتبرة سبعة ليس منها القدرة على التسليم ، بخلاف الجواب الأول فإنه يستلزم أن من الشروط المعتبرة القدرة على التسليم مع القدرة على التسليم ، وهو كلام لا معنى له ويحوج إلى تأويل العبارة بما يخرجها عن عدها شرطا (قوله المفترقين) أى البيع والسلم (قوله تعتبر) أى القدرة (قولة مطلقا) لمجرد التأكيد إذ المعنى لايدخله أجل وعبارته توهم أنه

(فصل) فى بقية الشروط

(قوله ليرتب عليه مابعده) هذا وإن نفع فى مجرد تصريحه بهذا الشرط إلا أنه لاينفع فى قول الشارح فيما سبق سبعة وقوله وليبين الخ فيه أن البيع لاينحصر فى بيع المعين كما مرت الإشارة إليه . والحاصل أنه لم يحصل جواب عن عد هذا شرطا زائدا عن شروط البيع .

بالتسليم مامر فى البيع (فإن كان يوجد ببلد آخر) ولو بعيدا (صح) السلم فيه (إن اعتيد نقله) إلى محل التسليم (للبيع) للقدرة حينئذ عليه ولا يحتاج لزيادة كثيرا لفهمه من الاعتياد (وإلا) بأن لم يعتد نقله لنحو البيع بأن نقل له نادرا أو لم ينقل أصلا أو نقل لنحو هدية (فلا) يصح السلم فيه لانتفاء القدرة عليه ، ولا ينافيه ماسيأتى أن المسلم فيه لو انقطع فإن وجد فيما دون مسافة القصر وجب تحصيله وإلا فلا ، ولم يعتبروا هنا قرب المسافة لأنه لامؤنة لنقله هنا على المسلم إليه ، فاعتياد نقله للمعاملة من محل إلى محل التسليم كاف فى الصحة وإن تباعدا بخلافها فيما يأتى فإنها لازمة له فاعتبر لتحقيقها قرب المسافة ، واعتبار محل التسليم الذى قررناه أولى من اعتبار كثير محل العقد كما أفاده الشيخ رحمه الله تعالى وإن كان تبعهم فى شرح البهجة (ولو أسلم فيما يعم) وجوده (فانقطع) جميعه أو بعضه بجائحة أفسدته ، وإن وجد ببلد آخر وكان يفسد بنقله أو لايوجد إلا عند من لايبيعه أصلا أو يبيعه بأكثر من ثمن مثله أو كان ذلك البلد على مسافة القصر من بلد التسليم (فى محله) بكسر الحاء : أى وقت حلوله وكذا

يصح حالا ومؤجلا وليس كذلك ، فلعل مراده أنه ليس له إلا هذه الحالة وهى كونه حالا أو أن المراد سواء أكان ثمنه حالا أو مؤجلا لكن هذا بعيد عن السياق فلو أسقط مطلقا لكان أولى (قوله ما مر فى البيع) من أن قدرة المشترى على التسليم كافية كمن اشترى مغصوبا بقدر على انتزاعه ، وقد يفرق بين ماهنا وبين البيع بأن البيع لما ورد على شىء بعينه اكتفى بقدرة المشترى على انتزاعه ، بخلاف ماهنا فإن السلم إنما يرد على ما فى الذمة فلا بد من قدرة المسلم إليه على إقباضه . قال سم على حج بعد مثل ماذكر من جملة كلام : وأما ثالثا فلا نسلم هذا الفرق لأن المسلم إليه لو ملك قدر المسلم فيه فغصبه منه غاصب فقال المسلم القادر على تخليصه تسلمه عن حقك فتسلمه فالظاهر الإجزاء ، فهذا تسلم أجزأ فى السلم فليتأمل اهـ (قوله للبيع) أى كثيرا أخذا من قوله الآتى نادر (قوله كثيرا) أى بعد قوله إن اعتيد نقله (قوله من الاعتياد) قد يمنع لكن الظاهر أن المتبادر من الاعتياد الكثرة وإن لم تلزمه اهـ سم على حج ، ومن ثم قال فى المصباح : العادة معروفة ، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها : أى يرجع إليها مرة بعد أخرى ، وعوّدته كذا فاعتاده وتعوّدته : أى صيرته له عادة . واستعدت الرجل : سألته أن يعود ، واستعدته الشىء : سألته أن يفعله ثانيا اهـ (قوله أو نقل لنحو هدية) أى مالم يعتد المهدى إليه بيعها وإلا فتكون كالمنقول للبيع . وبقى مالو كان المسلم إليه هو المهدى إليه هل يصح أيضا ؟ فيه نظر ، والأقرب عدم الصحة لأنه لايتقاعد عما لو أسلم فى لحم الصيد الذى يعزّ وجوده لمن هو عنده وقد قالوا فيه بعدم الصحة على المعتمد . وأما لو أسلم إلى كافر فى عبد مسلم فإنه لايصح ولو كان عنده عبد كافر وأسلم لندرة ملكه له اللهم إلا أن يقال لما اعتيد نقله للمهدى إليه كثيرا وهو المسلم إليه صيره بمنزلة الموجود وقت وجوب التسليم (قوله وإلا فلا) أى بأن وجد فى مسافة القصر فما فوقها (قوله على المسلم إليه) أى بل هى على الناقل (قوله أولى من اعتبار الخ) أى لأنهما لو عينا للتسليم غير محل العقد تعين (قوله أو يبيعه بأكثر) ظاهره وإن قلت الزيادة ، وينبغى خلافه فيما لو كان قدرا يتغابن به ، هذا وقال حج : أما لو جد عند من لايبيعه إلا بأكثر من ثمن مثله يلزمه تحصيله بذلك الأكثر ، وفارق الغاصب بأنه التزم التحصيل بالعقد باختياره وقبض البدل ، فالزيادة فى مقابلة ما حصل له من نماء ماقبضه بخلاف الغاصب ، وأيضا فالسلم عقد وضع للربح فلزم المسلم إليه تحصيل هذا الغرض الموضوع له العقد وإلا لانتفت فائدته ، والغصب باب تعدّ والمماثلة فيه مطلوبة بنص قوله تعالى - بمثل ما اعتدى عليكم - اهـ (قوله أو كان ذلك البلد) أى الذى يوجد فيه (قوله على مسافة القصر) يفهم أنه لو كان على مادون مسافة القصر فلا خيار ، وقوله وكذا بعده قد يشمله ما قبله اهـ سم على حج ، وما قبله هو قوله وقت حلوله وذلك لأن مابعد وقت الحلول يصدق عليه أنه وقت يجب فيه التسليم فيكون وقتا للحلول (قوله بكسر الحاء) أى لأنه يقال فى الفعل منه حلّ الدين

بعده وإن كان التأخير لمطله (لم ينفسخ فى الأظهر) لأن المسلم فيه يتعلق بالذمة فأشبه إفلاس المشترى بالثمن ، والثانى ينفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض ورد بما تقدم ، ولو وجده يباع بثمن غال : أى ولم يزد على ثمن مثله وجب تحصيله ، وهذا هو مراد الروضة بقولها وجب تحصيله وإن علا سعره ، لا أن المراد أنه يباع بأكثر من ثمن مثله لأن الشارع جعل الموجود بأكثر من قيمته كالمعدوم كما فى الرقبة وماء الطهارة ، وأيضا فالغاصب لا يكلف ذلك أيضا على الأصح فهنا أولى ، وفرق بعضهم بين الغصب وما هنا بما لا يجدى ، وفى معنى انقطاعه مالو غاب المسلم إليه وتعذر الوصول إلى الوفاء مع وجود المسلم فيه (فيتخير المسلم) ولو مع قول المسلم إليه خذ رأس مالك (بين فسخه) فى جميعه دون بعضه المنقطع فقط (والصبر حتى يوجد) فيطالبه به دفعا للضرر وخياره على التراخى فلو أجاز ثم عن له الفسخ مكن منه ولو أسقط حقه من الفسخ لم يسقط (ولو علم قبل المحل) بكسر الحاء (انقطاعه عنده فلا خيار قبله) ولا ينفسخ بنفسه حينئذ (فى الأصح) فيهما لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم . والثانى نعم لتحقق العجز فى الحال (و) الشرط السادس التقدير فيه بما ينفى عنه الغرر فحينئذ يشترط (كونه) أى المسلم فيه (معلوم القدر كيلا) فيما يكال (أو وزنا) فيما يوزن (أو عدا) فيما يعد كاللبن والحيوان (أو ذرعا) فيما يذرع

يحل بالكسر ، واسم الزمان والمكان منه على مفعل بالكسر . أما اسم المكان من حل بمعنى نزل بالمكان فبالفتح والكسر لغة لأن مضارعه يحل بالضم (قوله لم ينفسخ فى الأظهر) قال الشيخ عميرة : هذا الخلاف جار ، ولو كان سبب الانقطاع بتقصير المسلم إليه فى الإعطاء وقت المحل أو موته قبل الحلول أو غيبة أحد العاقدين وقت الحلول ثم حضر فوجده انقطع فى حال الغيبة بعد الحل اه رحمه الله . أقول : وكذا هو شامل لما لو كان سبب الانقطاع امتناع المسلم من قبض المسلم فيه بعد عرض المسلم إليه للمسلم فيه على المسلم ، وقياس ماقدمناه فيما لو دفع المسلم بعض رأس المال دون بعض من أن العقد يفسخ فيما لم يقبض مقابله وأنه لاخيار للمسلم لكون الفسخ نشأ من تقصيره بعدم الإقباض أن المسلم هنا لاخيار له لحصول التفريق من جهته (قوله ورد بما تقدم) أى من قوله لأن المسلم فيه يتعلق بالذمة (قوله كما فى الرقبة) أى الرقبة الواجبة فى الكفارة (قوله وفرق بعضهم) مراده حج (قوله وتعذر الوصول) أى بأن لم يكن له مال فى البلد ، أو كان وشق الوصول إليه بأن لم يكن ثم قاض ، أو كان وامتنع من البيع عليه إما مطلقا ، أو امتنع إلا برشوة وإن قلت (قوله خذ رأس مالك) أى فلا يجبر على قبول رأس المال بل هو على خياره بين الصبر والفسخ (قوله دون بعضه المنقطع) أى قهرا ، أما إذا تراضيا على ذلك فيجوز أخذا مما تقدم فيما لو باع عبدين وظهر عيب أحدهما زاد حج : وإن قبض ماعداه وأتلفه فإذا فسخه لزمه بدله ورجع برأس ماله (قوله حتى يوجد) أى ولو فى العام القابل مثلا (قوله ولا ينفسخ بنفسه) أى الانقطاع (قوله معلوم القدر) أى للعاقدين ولو إجمالا كمعرفة الأعمى الأوصاف بالسماع والعدلين ، ولا بد من معرفتهما الصفات بالتعيين لأن الغرض منهما الرجوع إليهما عند التنازع ، ولا تحصل تلك الفائدة إلا بمعرفتهما تفصيلا ، كذا قاله فى القوت ، وهو حسن متعين ، وأطلق جواز السلم فى البقول وزنا كما سبق ، وجعلها الماوردى ثلاثة أقسام : قسم يقصد منه شيئا كالخس والفجل يقصد لبه وورقه فالسلم فيه باطل لاختلافه ، وقسم كله مقصود كالهندبا فيجوز وزنا ، وقسم يتصل به ماليس بمقصود كالجزر والسلجم وهو اللفت فلا يجوز إلا بعد قطع ورقه اه . وكأنه المراد فلا يجوز إلا بشرط قطع ورقه ، ولقائل أن يقول فى القسم الأول ينبغى

(قوله ولو وجده يباع بثمن غال الخ) كان ينبغى تأخير هذا عن قول المصنف الآتى حتى يوجد

الخبر المار أول الباب مع قياس ما ليس فيه بما فيه (ويصح فى المكيل) أى سلمه (وزنا وعكسه) حيث كان الكيل يعد ضابطا فيه كجوز وما جرمه كجرمه أو أقل ، ويفارق ماذكر هنا مامر فى الربوى بأن الغالب ثم التعبد ، ولهذا كفى الوزن بنحو الماء هنا بخلافه ثم ، أما مالا يعد ضابطا فيه لعظم خطره كفتات المسك والعنبر فيتعين وزنه لأن يسيره مالية كثيرة ، بخلاف اللآلىء الصغار لقلة تفاوتها فهى كالقمح والفول كما أجاب بذلك البلقينى عن كلام الرافعى فى نقله كلام الإمام الذى حمل عليه إطلاق الأصحاب أن محل مامر فيما يعد الكيل ضابطا فى مثله وسكوته على ذلك ، ثم ذكر بعده جواز السلم فى اللآلىء الصغار إذا عم وجودها كيلا ووزنا ، قال فى الروضة : هذا مخالف لما تقدم عن الإمام فكأنه اختار هنا ماتقدم من إطلاق الأصحاب ، وحينئذ فالمعتمد تقييد الإمام ، وجزم به المصنف فى تصحيح التنبيه وما علم وزنه بالاستفاضة كالنقد يكفى فيه العد عند العقد لا الاستيفاء ، بل لابد

الجواز بعد قطع ورقه أو رؤوسه لزوال الاختلاف فليتأمل اه سم على حج . وقوله ولقائل الخ يفيد أنه حمل كلام الماوردى على رؤوس الحس والفجل لا على بزرهما ، لكن سيأتى فى الشارح بعد قول المصنف وسائر الحبوب كالتمر التصريح بجوازه فى الفجل ونحوه وزنا ، وظاهره ولو كان بورقه ، وقياس ماذكره فى القسم الثانى من البقول صحة السلم فى الورد والياسمين وسائر الأزهار وزنا لانضباطها ومعرفة صفاتها عند أهلها (قوله كجوز وما جرمه الخ) وفى الربا جعلوا مايعد الكيل فيه ضابطا ماكان قدر التمر فأقل فانظر الفرق بينهما ، وقد يقال : لما كان الغالب على الربا التعبد احتيط له ، فقدر مالم يعهد كيله فى زمنه صلى الله عليه وسلم بالتمر لكونه كان مكيلا فى زمنه عليه الصلاة والسلام على مامر بخلاف السلم (قوله بنحو الماء) أى حيث علم مقدار مايفرض فيه من الظروف المشتملة على قدر معلوم من الوزن فيجوز القبض به هنا ، ومن نحو الماء الأدهان المائعة كالزيت (قوله كفتات) بضم الفاء كما فى المصباح (قوله ثم ذكر) أى الرافعى (قوله فالمعتمد تقييد الإمام) أى المذكور فى قوله أن محل

(قوله أما مالا يعد ضابطا فيه لعظم خطره كفتات المسك والعنبر الخ) من هذا يعلم صحة السلم فى النورة المتفتتة كيلا ووزنا لأنها بفرض أنها موزونة فالموزون يصح السلم فيه كيلا إذا عد الكيل ضابطا فيه بأن لايعظم خطره ، إذ لم يخرجوا من هذا الضابط إلا ماعظم خطره كفتات المسك والعنبر على ما فيه ، وظاهر عدم صحة قياس النورة على مثل المسك والعنبر ، على أن صاحب العباب صرح بصحة السلم فيها كيلا ووزنا فتنبه له فإنه قد اشتهر فى نواحينا فى هذه الأزمنة عدم صحة السلم فيها كيلا تمسكا بما فى بعض العبارات من التقييد بالوزن ، وقد علمت أنه لاينفى الصحة بالكيل بالقيد المار على أن تلك العبارات مفروضة فى النورة المجلوبة أحجارا قبل طبخها وتفتتها كما أوضحت ذلك أتم إيضاح فى مؤلف وضعته فى ذلك (قوله إطلاق الأصحاب) أى أنه يصح فى المكيل وزنا وعكسه المذكور فى المتن ، وقوله أن محل مامر هذا هو كلام الإمام والأصحاب (قوله وسكوته) أى الرافعى وهو معطوف على نقله وقوله فكأنه أى الرافعى والحاصل أن الإمام حمل إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على مايعد الكيل فى مثله ضابطا ، بخلاف فتات المسك والعنبر لأن القدر اليسير فيه مالية كثيرة والكيل لايعد ضابطا فيه ، فنقله الرافعى عنه ساكتا عليه ، ثم ذكر بعد ذلك : أعنى الرافعى أنه يجوز السلم فى اللآلىء الصغار إذا عم وجودها كيلا ووزنا ، فتعقبه فى الروضة بأنه مخالف لما قدمه عن الإمام قال : فكأنه اختار ههنا ماتقدم من إطلاق الأصحاب ، وأجاب عنه البلقينى بأنه ليس مخالفا له لأن فتات المسك والعنبر ونحوهما إنما لم يعد فيهما ضابطا لكثرة التفاوت بالثقل على المحل وتركه وفى اللؤلؤ لايحصل بذلك تفاوت كالقمح والفول ،

من وزنه حينئذ لتحقق الإيفاء، وقول الجرجانى : لايسلم فى النقدين إلا وزنا محمول على ماجهل وزنه ، بل لعل كلامه مفروض فى إرادة منع السلم فيه كيلا (ولو أسلم فى مائة) ثوب أو (صاع حنطة) مثلا (على أن وزنها كذا لم يصح) لعزة الوجود ، بخلاف الخشب فإن زائده ينحت كما نقلاه عن الشيخ أبى حامد وأقراه لايقال : الصاع اسم للوزن فلو قال مائة صاع كيلا لاستقام الكلام : لأنا نقول : الأصل فى الصاع الكيل كما دل عليه كلامهم فى زكاة الفطر ، وإنما قدّروه بالوزن لأنه الذى يضبطه ضبطا عاما (ويشترط الوزن فى البطيخ) بكسر الباء (والباذنجان) بفتح المعجمة وكسرها (والقثاء) بالمثلثة والمد (والسفرجل) بفتح الجيم (والرمان ونحوها) من كل مالا يضبطه الكيل لتجافيه فى المكيال كالرانج وقصب السكر والبقول ، ولا يكفى فيها عدّ لكثرة تفاوتها ولا عدّ مع وزن لكل واحدة لعزة وجوده ومن ثم امتنع فى نحو بطيخة أو سفرجلة أو بيضة واحدة لاحتياجه إلى ذكر حجمها مع وزنها وذلك يعزّ وجوده . نعم لو أراد الوزن التقريبى فالأوجه الصحة حينئذ فى الصورتين

مامر فيما يعد الكيل ضابطا فى مثله (قوله من وزنه حينئذ) أى وقت الاستيفاء (قوله منع السلم فيه) أى فيما ذكر وهو النقدان فهو حصر إضافى قصد به الاحتراز عن الكيل لاتعين الوزن (قوله أو صاع حنطة) أى مثلا (قوله بكسر الباء) أى وبفتحها أيضا (قوله والباذنجان) .

[تنبيه] فى اشتراط قطع أقماع الباذنجان احتمالان للماوردى ، رجح الزركشى منهما المنع قال : لأنه العرف فى بيعه ، لكن يشهد للاشتراط قول الإمام : إذا أسلم فى قصب السكر لايقبل أعلاه الذى لاحلاوة فيه ويقطع مجامع عروقه من أسفله ويطرح ماعليه من القشور : أى الورق اه . وعلى الأول يفرق بأن التفاوت فيما ذكر فى القصب أعلى منه فى الأقماع فسومح هنا لا ثم اه حج : وقال سم : ليس فيه تصريح اشتراط القطع اه أقول : بل قد يقتضى عدم اشتراط القطع فإن قوله لايقبل ظاهر فى أن العقد صح بدون اشتراط ، ولكن إذا أحضره المسلم إليه بالورق لايجب على المسلم القبول (قوله بالمثلثة والمد) أى وبكسر القاف وضمها ، قال فى المصباح : القثاء فعال وكسر القاف أكثر من ضمها ، وهو اسم جنس لما يقول له الناس الخيار والعجور والفقوس ، الواحدة قثاءة ، ثم قال : وبعض الناس يطلق القثاء على نوع يشبه الخيار وهو مطابق لقول الفقهاء لو حلف لايأكل الفاكهة حنث بالقثاء والخيار ، ويقال هو الخيار وهو يقتضى أن يكون نوعا غيره فإن صح فتفسير القثاء بالخيار تسامح اه (قوله والرمان) والليمون والنارنج ونحوها من سائر الفواكه وزنا فيما زاد على قدر الجوز وكيلا أو وزنا فى غيره (قوله كالرانج) اسم لجوزة الهند (قوله لكل واحدة) أى ولا للجملة كما اعتمده شيخنا الشهاب الرملى ، وحينئذ فالبطيخة الواحدة والعدد من البطيخ كل منهما لايصح السلم فيه ، فلو أتلف إنسان عددا من البطيخ فهل يضمن قيمته لأنه غير مثلى لأنه لايصح السلم فيه أو يضمن وزنه بطيخا لأنه مع النظر لمجرد الوزن يصح السلم فيه وامتناعه فيه إنما جاء من جهة ذكر عدد من وزنه ؟ فيه نظر ، والمتجه ما تحرر من المباحثة مع م ر أن العدد من البطيخ مثلى لأنه يصح السلم فيه فيضمن بمثله إذا تلف ، وإنما يعرض له امتناع السلم فيه إذا جمع فيه بين العدد والوزن الغير التقريبى وأن البطيخة الواحدة متقومة فتضمن بالقيمة لأن الأصل منع السلم فيها وإن عرض جوازه فيها إذا أريد الوزن التقريبى اه سم . أقول : والحاصل أنه إن تقدر بالوزن وقد أسلم فى جملة من البطيخ صح ويحمل على الوزن التحديدى ، لكن قوله إذا جمع فيه بين العدد يخالفه قول الشارح فالأوجه الصحة حينئذ فى الخ ، وإنه لايصح السلم فى البطيخة الواحدة مطلقا مالم يذكر الوزن ويريد التقريبى ، فلعله سقط من عبارة سم لفظ الغير بعد قوله بين العدد والوزن بقرينة قوله بعد وإن عرض جوازه فيها إذا أريد الوزن التقريبى وعلى ثبوتها فيكون الحاصل أنه إذا قيد الوزن بالتقريبى أو أطلقه وقلنا يحمل عليه صح وإلا فلا (قوله فى الصورتين) هما

لانتفاء عزة الوجود إذ ذاك . وكذا يقال فيما لو جمع فى ثوب بين ذرعه ووزنه ، وقول السبكى لو أسلم فى عدد من البطيخ مثلا كمائة بالوزن فى الجميع دون كل واحدة جاز اتفاقا ممنوع كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى لأنه يشترط ذكر حجم كل واحدة فيؤدى إلى عزة الوجود (ويصح) السلم (فى الجوز) وألحق به بعضهم البن المعروف الآن (واللوز) والبندق والفستق فى قشرها الأسفل لا الأعلى إلا قبل انعقاده كما قاله الأذرعى (بالوزن فى نوع يقل) أو يكثر خلافا للرافعى كالإمام وكذا للمصنف فى غير شرح الوسيط (اختلافه) بغلظ القشور ورقتها لسهولة الأمر فيه ومن ثم لم يشترطوا ذلك فى الربا فهذا أولى إذ الربا أضيق مما هنا وقدموا ما فى شرح الوسيط لأنه تبع فيه كلام الأصحاب لا لمختصره بل قيل إنه آخر مؤلفاته (وكذا) يصح السلم فيه (كيلا فى الأصح) قياسا على الحبوب والتمر . والثانى لا لتجافيهما فى المكيال ويجوز فى نحو المشمش كيلا ووزنا وإن اختلف نواه كبرا وصغرا (ويجمع فى اللبن) بكسر الباء وهو الطوب الذى لم يحرق (بين العد والوزن) استحبابا فيقول مثلا عشر لبنات زنة كل واحدة كذا لأنها تضرب بالاختيار فلا تفضى إلى عزة الوجود ووزنه تقريب والواجب فيه العد ، ويشترط أن يذكر طول كل وعرضه وثخانته وأنه من طين كذا . ولا بد أيضا كما علم مما فى مرالبيع أن لا يعجن بنجس، ويصح السلم فى آجر كمل نضجه وظاهر أنه يشترط فيه ماشرط فى اللبن وفى خزف إن انضبط كما يعلم مما يأتى فى المناورة والكوز (ولو عين مكيالا) أو ميزانا أو ذراعا أو صنجة : أى فردا من ذلك (فسد) السلم حالا أو مؤجلا (إن لم يكن) ماعين (معتادا) ككوز لا يعرف قدر مايسع لما فيه من الغرر لأنه قد يتلف قبل قبض ما فى الذمة فيؤدى إلى التنازع ، بخلاف بعتك ملء ذا الكوز من هذه الصبرة فإنه يصح لعدم الغرر كما مر ، وفى معنى تعيين المكيال

ذكر الوزن والعد لكل واحدة أو السلم فى الواحدة مع ذكر وزنها فالطريق لصحته أن يقول فى قنطار مثلا من البطيخ تقريبا حجم كل واحدة كذا (قوله فيؤدى إلى عزة الوجود) أى فلا يصح فيه السلم مالم يرد الوزن التقريبى على مامر (قوله وألحق به بعضهم البن) معتمد زاد حج : وهو واضح بل الوجه صحته فى لبه وحده لأنه لا يسرع إليه الفساد بنزع قشره عنه كما قاله أهل الخبرة ، بخلاف الجوز واللوز فإنه لا يصح السلم فى لبهما وحده لأنه إذا نزعت قشرته السفلى أسرع إليه الفساد ، والمراد بلب البن ماهو الموجود غالبا من القلب الذى نزع قشره (قوله إلا قبل انعقاده) أى فيصح السلم فيه ، وظاهره عود الاستثناء للجوز وما معه . ويتأمل ذلك فيما عدا اللوز فإنه قبل انعقاد قشر الأعلى لا ينتفع به . ومن ثم اقتصروا فى الاستثناء مما له كمان ويباع فى قشره الأعلى قبل انعقاده على اللوز (قوله خلافا للرافعى) أى حيث قيد صحة السلم فيه بنوع يقل اختلاف قشوره (قوله ويجوز فى نحو المشمش) كالخوخ والتين ومحل جوازه بالكيل فيهما إذا لم يزد جرمهما على الجوز ، فإن زاد على ذلك تعين الوزن (قوله بين العد والوزن) ومثل ذلك الصابون لتأتى العلة فيه وسيأتى فى كلام الشارح فى الفرع الآتى (قوله ووزنه تقريب) بهذا يندفع استشكال الجمع فى كل لبنة بين الوزن وبيان طولها وعرضها وثخنها بأنه يؤدى إلى عزة الوجود سم عن حج (قوله وفى خزف) أى ويصح السلم فى الخ ، والمراد أوانى الخزف ، وسيأتى له نقله عن الأشمونى وعبارته : قال الأشمونى والمذهب جواز السلم فى الأوانى المتخذة من الفخار ولعله محمول على غير مامر : أى من العموم له (قوله أو صنجة) قال فى المصباح : قال الأزهرى : قال الفراء : هى بالسين ولا يقال بالصاد ، وعكس ابن السكيت وتبعه ابن قتيبة فقال : صنجة الميزان بالصاد ولا يقال بالسين ، وفى نسخة من التهذيب سنجة وصنجة والسين أعرب وأفصح فهما لغتان ، وأما كون السين أفصح فلأن الصاد والجيم لا يجتمعان فى كلمة عربية (قوله فإنه يصح) أى فلو تلف قبل القبض تخير المشترى ، فإن أجاز صدق البائع فى قدر مايحويه الكوز لأنه الغارم .

مالو شرط الذرع بذراع يده ولم يكن معلوم القدر فلا يصح لأنه قد يموت قبل القبض (وإلا) بأن كان الكيل معتادا بأن عرف قدر مايسع (فلا) يفسد السلم (فى الأصح) ويلغو تعيينه لعدم الغرض فيه فيقوم غيره مقامه ، ولو شرط عدم إبداله بطل العقد ، ولابدمن علم العاقدين وعدلين معهما بذلك كما يأتى فى أوصاف المسلم فيه ، ولو أسلم إليه فى ثوب كهذا أوصاع برّ كهذا لم يصح ، أو فى ثوب ووصفه ثم أسلم فى ثوب آخر بتلك الصفة جاز إن كانا ذاكرين لتلك الصفات ، وفارق ماقبله بأن الإشارة إلى العين لم تعتمد الوصف . والثانى يفسد لتعرض الكيل ونحوه للتلف ، ولو اختلفت المكاييل والموازين والذرعان اشترط بيان نوع منها مالم يكن ثم غالب فيحمل عليه الإطلاق ، ومثل ذلك ما لو اعتيد كيل مخصوص فى حبّ مخصوص ببلد السلم فيحمل الإطلاق عليه فيما يظهر (ولو أسلم فى) قدر معين من (ثمر قرية صغيرة لم يصح) لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها فلا يحصل منه شيء وذلك غرر لاحاجة إليه ، وظاهر كلامهم عدم الفرق بين السلم المؤجل والحالّ وهو كذلك (أو عظيمة صح فى الأصح) إذ لاينقطع ثمرها غالبا فالمدار على كثرة ثمرها بحيث يؤمن انقطاعه عادة وقلته بحيث لايؤمن كذلك لا على كبرها وصغرها فالتعبير به جرى على الغالب ، أما السلم فى كله فغير صحيح لايقال : إن هذه إنما تناسب شرط القدرة لاشرط معرفة القدر . لأنا نقول : إنما ذكر هذا لكونه كالتتمة والرديف لما بين الشرطين من التناسب . وهل يتعين ذلك الثمر أو يكفى الإتيان بمثله ؟ فيه احتمالان للإمام ، والمفهوم من كلامهم الأول وعليه لو أتى بالأجود من غير تلك القرية أجبر على قبوله فيما يظهر ، ومقابل الأصح أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة (و) الشرط السابع (معرفة الأوصاف التى) تتعلق بالمسلم فيه للمتعاقدين مع عدلين كما يأتى التى ينضبط المسلم فيه بها و (يختلف بها الغرض

وقضية قوله من هذه أنه لو قال اه من البر الفلانى المعلوم لهما لم يصح ، ولعله غير مراد وأنه جرى على الغالب ، وأن المدار على كون البر معينا كما دل عليه قوله لأنه قد يتلف قبل قبض ما فى الذمة (قوله معهما بذلك) أى بقدر مايسعه المكيال (قوله كهذا لم يصح) أى لجواز تلف المشار إليه فلا تعلم صفة المعقود عليه حتى يرجع فيها للعدلين (قوله وفارق ما قبله) هو قوله ولو أسلم إليه فى ثوب الخ (قوله ولو اختلفت المكاييل) من ذلك ماهو بمصرنا من تفاوت كيل الرميلة وكيل غيرها من بقية مكاييل مصر ، وعليه فينبغى أن العاقدين إن كانا من الرميلة حمل عليه أو من غيرها حمل عليه مالم يعينا غيره (قوله اشترط بيان نوع منها) قضيته أنه لايكفى إرادتهما لواحد منها وهو قياس مالو نويا نقدا من نقود لا غالب فيها اه حج فيما تقدم فى التحالف بعد قول المصنف أو قدره أو قدر المبيع تحالفا (قوله أما السلم فى كله) أى من غير اعتبار كيل أو وزن كأن يقول أسلمت إليك فى جميع ثمر هذه القرية لأنه يصير سلما فى معين (قوله لايقال إن هذه) أى مسئلة المتن المذكورة بقوله ولو أسلم فى ثمر قرية الخ (قوله لما بين الشرطين) هما القدرة على التسليم ومعرفة القدر (قوله والمفهوم من كلامهم الأول) أى قوله وهل يتعين الخ (قوله أجبر) أى المسلم (قوله فيما يظهر) قضيته أنه لايجبر على قبول المثل وإن كان مساويا لثمر القرية المعينة من كل وجه ، لكن قال فى شرح العباب : محل عدم إجباره على قبول المثل إن تعلق بخصوص ثمر القرية غرض للمسلم

(قوله لأنا نقول إنما ذكر هذا لكونه كالتتمة والرديف الخ) قال الشهاب سم : يمكن أن يوجه بأن ماذكر هاهنا لمناسبة مسئلة تعيين المكيال المذكور بجامع أن علة البطلان فيهما احتمال التلف قبل القبض وعلة الصحة فيهما الأمن من التلف المذكور فليتأمل اه (قوله للمتعاقدين مع عدلين) هذا مبنى على مافهمه فيما يأتى آخر الفرع الآتى ، أما على مافهمه الشارح الجلال من أن مقصود المصنف مما ذكره هنا كون الأوصاف معروفة فى نفسها فلا حاجة

اختلافا ظاهرا) وليس الأصل عدمها لتقريبه من المعاينة ، ولأن القيمة تختلف بسببها ، إذ لايخرج عن الجهل به إلا بذلك ، بخلاف مايتسامح عادة بإهماله كالكحل والسمن ، وما الأصل عدمه ككتابة القن وزيادة قوته على العمل ، وما اعترض به بعض الشراح باشتراط ذكر البكارة أو الثيوبة مع أن الأصل عدم الثيوبة ردّ بأنه لما غلب وجودها صارت بمنزلة ما الأصل وجوده ، ولو شرط كونه سارقا أو زانيا مثلا صح بخلاف كونه مغنيا أو عوادا مثلا : والفرق أن هذه مع خطرها تستدعى طبعا قابلا وصناعة دقيقة فيعزّ وجودهما مع الصفات المعتبرة بخلاف الأول (و) يشترط (ذكرها فى العقد) مقترنة به ليتميز المعقود عليه فلا يكفى ذكرها قبله ولا بعده ولو فى مجلس العقد نعم لو توافقا قبل العقد وقالا أردنا فى حالة العقد ماكنا اتفقنا عليه صح على ماقاله الأسنوى ، وهو نظير من له بنات ، وقال لآخر زوّجتك بنتى ونويا معينة لكن ظاهر كلامهم يخالفه ولا بد من كون ذلك (على وجه لا يؤدى إلى عزة الوجود)

كنضجه أو نحوه ، وإلا أجبر على القبول لأن امتناعه منه محض تعنت اه . وعليه فقد يقال : لم يظهر حينئذ فرق بين المثل والأجود ، ولا معنى ما أفاده كلامه من تعين ثمر القرية إلا أن يقال : المراد بتعينه استحقاق الطلب به دون غيره ، وذلك لاينافى الإخبار على قبول غيره حيث لاغرض يتعلق بثمر القرية (قوله إذ لايخرج عن الجهل به) أى المسلم فيه (قوله إلا بذلك) أى ذكر الأوصاف التى يختلف بها الغرض (قوله كالكحل والسمن) أى ومع ذلك لو شرطه وجب العمل به (قوله صارت بمنزلة ما الأصل وجوده) أى وما الأصل وجوده لابد من ذكره فى العقد إذا اختلف به الغرض . وكل من الثيوبة والبكارة يختلف به الغرض فلابد من ذكره ، فإذا شرط البكارة لايجب قبول الثيب ، وإن شرط الثيوبة وجب قبول الثيب إذا أحضرها . وقياس مامر من وجوب قبول الأجود أنه لو أحضر له البكر وجب قبولها ولا نظر لكونه قد يتعلق غرضه بالثيب لضعف آلته لأن المدار على ماهو أجود عرفا (قوله ولو شرط كونه سارقا أو زانيا الخ) أى فلو أتى له بغير سارق ولا زان وجب قبوله لأنه خير مما شرطه (قوله أو عوادا) أى أو قوادا (قوله صح على ما قاله الأسنوى) هذا هو المعتمد واقتصر على ما نقله عن الأسنوى عميرة ولم يتعقبه سم (قوله لايؤدى إلى عزة الوجود) أفهم ذكر هذا فى المسلم فيه مع سكوتهم عنه فى رأس مال السلم ،

إلى قوله للمتعاقدين مع عدلين (قوله إذ لايخرج عن الجهل به إلا بذلك) هذه علة مستقلة للمتن ، بل هى التى اقتصر عليها فى التحفة ، فكان ينبغى عطفها على ماقبلها (قوله وما اعترض به بعض الشراح) أى على قوله وما أصل عدمه (قوله باشتراط الخ) بدل من قوله به (قوله والفرق أن هذه مع خطرها الخ) اعلم أن ماذكره الشارح من هذا الفرق افقه من فرقين ذكرهما فى شرح الروض ، ونبه على أن قضية أحدهما تخالف قضية الآخر وعبارته ، وفرق بأنها صناعة محرمة وتلك أمور تحدث كالعمى والعور . قال الرافعى : وهذا فرق لايقبله ذهنك ، وقال الزركشى : بل الفرق صحيح إذ حاصله أن الغناء والضرب بالعود لايحصل إلا بالتعلم وهو محظور وما أدى إلى المحظور محظور ، بخلاف الزنا والسرقة ونحوهما فإنها عيوب تحدث من غير تعلم فهو كالسلم فى العبد المعيب لأنها أوصاف نقص ترجع إلى الذات فالعيب مضبوط فصح ، قال : لكن يفرق بوجه آخر وهو أن الغناء ونحوه لابد فيه من التعلم من الطبع القابل لذلك وهو غير مكتسب ، فلم يصح كما لو أسلم فى عبد شاعر بخلاف الزنا ونحوه اه . وعلى الفرق الثانى لايعتبر كون الغناء محظورا : أى بآلة الملاهى المحرمة بخلافه على الأول ، وصرح

أى قلته لأن السلم غرر كما مر فلا يصح فيما لايوثق بتسليمه (فلا يصح) السلم (فيما لاينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان) التى لاتنضبط (كهريسة) وكشك ومخيض فيه ماء على ما مثل به بعض الشراح ، وهو سبق قلم إذ الماء غير مقصود فيه ، وإنما سبب عدم الصحة فيه ماذكروه من عدم انضباط حموضته فإنه عيب فيه ، وفرقوا بينه وبين خل نحوالتمر بأن ذاك لاغنى له عنه فإن قوامه به ، بخلاف هذا إذ لامصلحة له فيه ومثله المصل ، ولا يرد على المصنف اللبن المشوب بالماء حيث لايصح فيه السلم مع قصد أركانه . لأنا نمنع قصد الماء مع اللبن المبذول فى مقابلة المال كما يصرح به قولهم لايصح بيعه للجهل بالمقصود منه وهو اللبن (ومعجون) ركب من جزءين أو أكثر (وغالية) وهى ماركب من عنبر ومسك ومعهما دهن أو عود وكافور ومثلها الند بفتح النون مسك وعنبر وعود خلط من غير دهن (وخف) ونعل ركبا من ظهارة وبطانة وحشو لأن العبارة غير وافية بذكر انعطافاتها وأقدارها . ومن ثم صح كما أفاده السبكى ومن تبعه فى خف أو نعل مفرد إن كان جديدا

وقد تقدم ذلك عن حج عند قول المصنف ويقبض بقبض العين الخ ، وعليه فلعل الفرق بينهما أن المسلم فيه لايشترط لقبضه زمن معين فيكون حالا ومؤجلا ، بخلاف رأس مال المسلم فإنه يشترط قبضه فى المجلس والمجلس لايدوم عرفاً . فعزة وجوده لاتؤدى إلى تنازع أصلا لأنه إن وقع القبض فى المجلس صح السلم وإلا فلا ، على أنه إذا لم يتفق حضور رأس المال جاز الاعتياض عنه بخلاف المسلم فيه (قوله لايصح بيعه) أى ولو بالدراهم (قوله ومعهما دهن) أى دهن بان

الماوردى بالجواز فيما إذا كان الغناء مباحا اهـ ما فى شرح الروض (قوله فلا يصح فيما لاينضبط الخ) تفريع على اشتراط معرفة الأوصاف إذ ما لاينضبط مقصوده لاتعرف أوصافه (قوله إذ الماء غير مقصود فيه) أى مع عدم منعه لمعرفة المقصود ، كذا قاله العلامة حج ، وقضيته أن الخلط بغير المقصود إذا لم يمنع العلم بالمقصود لايمنع الصحة ، وقضية الفرق الآتى خلافه على أن لك أن تمنع كون الماء لايمنع العلم بمقصود المخيض ، وعبارة الأذرعى فى قوته . فرع : لايجوز السلم فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء مخيضا كان أو غيره اهـ . وما ذكره هو قضية الفرق الآتى إذ الضمير فى كلامه يرجع إلى اللبن كما هو صريح عبارة شرح الروض فتأمل (قوله فإنه عيب) عبارة التحفة وأنه عيب فيه ، فكونها عيبا فيه علة ثانية كما صرح به فى شرح الروض ، وانظر هذا مع ماسيأتى فى الشرح عقب قول المصنف وخل تمر أو زبيب (قوله ولا يرد على المصنف اللبن المشوب بالماء الخ) عبارة التحفة قيل يرد على المتن اللبن المشوب بالماء فإنه لايصح السلم فيه مع قصد بعض أركانه فقط ويرد بأن الماء وإن لم يقصد لكنه يمنع العلم بالمقصود كما يصرح به قولهم الخ ، فالإيراد حينئذ على مفهوم المتن ، ثم إن قضية صنيع الشارح أن قصد الأركان فى المخاوط مقتض للصحة وإن لم ينضبط وهو خلاف ما فى المتن ، وأن عدم قصد بعض الأركان مقتض للفساد مطلقا وهو خلاف ما يأتى ، فالصواب ما فى التحفة ، على أن فى عبارة الشارح شبه تناقض حيث أثبت فى السؤال أن الماء مقصود ولم يورده على لسان قائل ثم نفى ذلك فى الجواب ، وفى بعض نسخ الشارح زيادة لفظ بعض قبل لفظ أركانه وهى لاتلائم الجواب (قوله أو عود وكافور) أى ومعهما دهن وحذف من الثانى لدلالة الأول عليه حتى يوافق عبارة التحفة ، والذى فى كلام الرافعى وغيره أنها مركبة من مسك وعود وعنبر وكافور (قوله لأن العبارة غير وافية الخ) عبارة الرافعى لاشتمالها على الظهارة والبطانة والحشو ، والعبارة تضيق عن الوفاء بذكر أطرافها وانعطافاتها

من غير جلد كثوب محيط جديد لا ملبوس (وترياق مخلوط) وهو بفوقية أو دال أو طاء مهملة ويجوز كسر أوّله وضمه ، واحترز بالمخلوط عما هو ببان واحد أو حجر فيجوز السلم فيه ، ولا يصح السلم فى حنطة مختلطة بشعير ولا فى أدهان مطيبة بطيب نحو بنفسج وبان وورد بأن خالطها شيء من ذلك فإن روح سمسها بالطيب المذكور واعتصر لم يضر كما مرّ فى الربا (والأصح صحته فى المختلط) بالصنعة (المنضبط) عند أهل تلك الصنعة المقصود الأركان كما بأصله (كعتابى) وهو مركب من قطن وحرير (وخز) وهو مركب من إبريسم ووبر أو صوف لسهولة ضبط كل جزء من هذه الأجزاء ، والأوجه أن المراد بالانضباط هنا معرفة المتعاقدين وزن كل من الأجزاء كما جرى على ذلك الأذرعى خلافا للسبكى لأن القيم والأغراض تتفاوت بذلك تفاوتا ظاهرا ، وعليه ينطبق قول الرافعى فى الشرح الصغير لسهولة اختلاطها وأقدارها (و) فى المختلط خلقة أو بغير مقصود غير أنه من مصلحته ، فمن الثانى نحو (جبن وأقط) وما فيهما من ملح وأنفحة من مصالحهما (و) من الأوّل نحو (شهد) بفتح الشين وضمها مركب من عسل النحل وشمعه خلقة فهو شبيه بالتمر وفيه النوى (و) من الثانى أيضا نحو (خل تمر أو زبيب) ولا يضرّ الماء لأنه من مصلحته ، فعلم أن جبن وما بعده معطوف على عتابى لفساد المعنى بل على المختلط كما تقرر ، ومقابل الأصح فى السبعة ينفى الانضباط فيها قائلا بأن كلا من الحرير والملح

(قوله من غير جلد) أى أما منه فلا يصح لاختلاف أجزائه رقة وضدها (قوله واحترز) أى فى اللغات الثلاث ويقال فيه طرّاق ودراق بكسر أوله والتشديد ، كذا نقل عن شيخ الإسلام بهامش الروض (قوله ببان واحد الخ) ضبطه بعضهم بباءين موحدتين مفتوحتين وتشديد الثانية وبنون فى آخره : أى شيء واحد لقول عمر رضى الله عنه : لولا أن أترك الناس ببانا واحدا مافتحت علىّ قرية : وبعضهم بنون وباء مفتوحة بعدها ألف وتاء مثناة فى آخره وهو المناسب لقوله أو حجر (قوله مختلطة بشعير) أى وإن قل حيث اشترط خلطها بالشعير ، فإن اقتصر على ذكر البر ثم أحضره له مختلطا بشعير وجب قبوله إن قل الشعير بحيث لايظهر به تفاوت بين الكيلين . وبقى مالو شرط عليه خلوّه من الشعير وإن قل كواحدة هل يصح السلم أم يبطل لأنه يؤدى إلى عزة الوجود قياسا على لحم الصيد بموضع العزة ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى للعلة المذكورة : إلا أن يقال : إن هذا مما لايعزّ وجوده ، وإن كان مختلطا فيمكن تنقية شعيره بحيث يصير خالصا خصوصا إذا كان قدرا يسيرا فلعل الصحة هى الأقرب (قوله وخز) قال فى المصباح : الخزّ اسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها والجمع خزوز مثل فلوس اهـ . فقول الشارح : وهو مركب من إبريسم ووبر أو صوف لعله اصطلاح حادث (قوله معرفة المتعاقدين) أى وعدلين فيما يظهر (قوله تفاوتا ظاهرا) زاد حج : وعليه يظهر الاكتفاء بالظن ، والمراد الظن عند المتعاقدين (قوله نحو جبن) أى غير عتيق كما يأتى (قوله كما تقرر) زاد حج : وإن أريد بالمنضبط مالا ينضبط مقصوده اختلط بمقصود أولا كان الكل معطوفا على عتابى اهـ . وبه يوجه ما فى شرح

(قوله وترياق) قال القاضى أبو الطيب وغيره : الترياق نجس فإنه يطرح فيه لحوم الحيات أو لبن الأتان ، ونصّ عليه فى الأم . قال الأذرعى : فيحمل كلام المصنف وغيره على ترياق طاهر (قوله بل على المختلط كما تقرر) قد يقال : الذى تقرر أنه معطوف على وصف المختلط فالمختلط مسلط عليه كما قدره فى كلامه ، على أن عطفه على المختلط يفيد أنه غير مختلط ، وظاهر أنه ليس كذلك

والشمع والماء وغيره يقل ويكثر ، والسمك المملح كالجبن ، ويصح السلم فى الزبد والسمن كاللبن ، ويشترط ذكر جنس حيوانه ونوعه ومأكوله من مرعى أو علف معين بنوعه ، ويذكر فى السمن أنه جديد أو عتيق ، ولا يصح فى حامض اللبن لأن حموضته عيب إلا فى مخيض لاماء فيه فيصح فيه ، ولا يضرّ وصفه بالحموضة لأنها مقصودة فيه ، واللبن المطلق يحمل على الحلو ولو جفّ ، ويذكر طراوة الزبد وضدها ، ويصح السلم فى اللبن كيلا ووزنا ، ويوزن برغوته ولا يكال بها لأنها لاتوثر فى الميزان ، ويذكر نوع الجبن وبلده ورطوبته ويبسه الذى لاتغير فيه . أما مافيه تغير فلا يصح فيه لأنه معيب : وعليه يحمل منع الشافعى رضى الله تعالى عنه السلم فى الجبن القديم ، والسمن يوزن ويكال وجامده الذى يتجافى فى المكيال يوزن كالزبد واللبا المجفف وهو غير المطبوخ ، على أن الأصح صحته فى المطبوخ كالمجفف كما دل على ذلك ميل الروضة ، وصححه فى تصحيح التنبيه فى كل مادخلته نار لطيفة : أى مضبوطة . أما غير المجفف فكاللبن ؛ وما نص عليه فى الأم من صحة السلم فى الزبد كيلا ووزنا محمول على مالا يتجافى فى المكيال (لا الخبز) فلا يصح السلم فيه (فى الأصح عند الأكثرين) لاختلاف تأثير النار فيه فلا ينضبط ولأن ملحه يقلّ ويكثر : والثانى وصححه الإمام ومن تبعه وحكاه المزنى عن النص الصحة لأن ناره مضبوطة والملح غير مقصود ، والأشبه كما قاله الأشمونى إلحاق النيدة بالخبز (ولا يصح) السلم (فيما ندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة) أى محل يعز وجوده فيه لانتفاء الوثوق بتسليمه . نعم لو كان السلم حالا وكان المسلم فيه موجودا عند المسلم إليه بموضع يندر فيه صح كما فى الاستقصاء ، وفيه نظر لايخفى (ولا فيما لو استقصى وصفه) الواجب ذكره فى السلم (عزّ وجوده) كما مر (كاللؤلؤ الكبار) بكسر أوّله ، فإن ضم كان مفردا وحينئذ تشدد الباء وقد تخفف (واليواقيت) وغيرهما من الجواهر النفيسة لأنه لابد فيها من التعرض للحجم

المنهج اه (قوله والسمك المملح كالجبن) قضية التنظير بالجبن أنه لايصح فى القديم منه (قوله ويصح السلم فى الزبد) قال سم على حج : فرع : أفتى شيخنا الشهاب الرملى بصحة السلم فى القشطة ، ولا يضر اختلاطها بالنطرون لأنه من مصالحها اه . فهل يصح فى المختلطة بدقيق الأرز ؟ فيه نظر ، ويحتمل الصحة مر انتهى . ويحمل على المعتاد فيه من كل من النطرون والدقيق (قوله كالزبد واللبأ) قال فى شرح الروض : واللبأ بالهمز والقصر أوّل مايحلب ، وغير المطبوخ منه يجوز السلم فيه قطعا انتهى سم على حج . وفى المصباح : اللبأ مهموز وزان عنب أوّل اللبن عند الولادة : قال أبو زيد : وأكثر مايكون ثلاث حلبات ، وأقله حلبة فى النتاج ؛ وغير المطبوخ منه يجوز السلم فيه قطعا اه سم على حج (قوله محمول على مالا يتجافى فى المكيال) أى أما مايتجافى فيه فيصح فيه وزنا لا كيلا (قوله كما قاله الأشمونى) نقله شيخنا الزيادى عن القمولى (قوله إلحاق النيدة) وأما النيلة فيصح السلم فيها مالم تخلط بالطين (قوله وفيه نظر) معتمد . قال سم على حج بعد نقله كلام صاحب الاستقصاء : هذا والمعتمد عدم الصحة خلافا لصاحب الاستقصاء اه . وعلى كلام صاحب الاستقصاء لو انقطع عند المحل هل يتخير المسلم أو يتبين البطلان قياسا على تلف المبيع المعين ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن العقد لم يرد عليه بخصوصه حتى لو قلنا بصحة السلم ثم وجد عند المسلم إليه خلافه جاز له دفعه ، لأن ما فى الذمة لايتعين فى جزء بعينه ، وغايته أنه إذا كان موجودا عند المسلم إليه وقت العقد فغايته أنه وجد فى ضمنه المسلم فيه لأنه انحصر فيه وتشخص (قوله وقد تخفف) ظاهره استواؤهما مفهوما ، وفرق بينهما بأنه إذا أفرط فى الكبر قيل كبار مشددا ، وإذا لم يفرط

(قوله ولا يضر وصفه بالحموضة الخ) انظره مع مامر له عقب قول المصنف كهريسة

والوزن والشكل والصفاء واجتماع هذه الأمور نادر ، وخرج بالكبار وهى ما تطلب للزينة الصغار وهى ماتطلب للتداوى : أى غالبا وضبطه الجوينى بسدس دينار ، ولعله باعتبار ماكان من كثرة وجود كباره فى زمنهم ، أما الآن فهذا لايطلب إلا للزينة لاغير ، فلا يصح السلم فيه لعزته (وجارية) ولو قلت صفاتها كزنجية (وأختها) أو عمتها أوخالتها(أو ولدها)أوشاة وسخلتها لندرة اجتماعهما مع الصفات المشترطة وبذلك علم عدم الصحة فى إوزة وأفراخها أو دجاجة كذلك ولو مع ذكر العدد خلافا للأذرعى إذ يعزّ وجود الأم وأولادها مع مامر ، على أن ذلك داخل فى قولهم : حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها ، وإنما صح شرط نحو الكتابة مع ندرة اجتماعها مع تلك الصفات لسهولة تحصيلها بالتعلم ، ويصح فى البلور لا العقيق لاختلاف أحجاره .

[فرع – يصح] السلم (فى الحيوان) لثبوته فى الذمة قرضا فى خبر مسلم « أنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرا » وقيس على القرض السلم وعلى البكر غيره من بقية الحيوان ، وروى أبوداود « أنه صلى الله عليه وسلم أمر عبد الله ابن عمرو بن العاصى رضى الله عنهما أن يأخذ بعيرا ببعيرين إلى أجل » وهذا سلم لا قرض لما فيه من الأجل والفضل

قيل كبار بالضم مخففا ، ومثله طوال بالتشديد والتخفيف كما فى المختار فيهما (قوله وضبطه) أى الصغر ، وقوله بسدس دينار : أى وقدر ذلك اثنتا عشرة شعيرة (قوله كزنجية) بفتح الزاى وكسرها اه مختار : وهى مثال لما قلت صفاته ، وذلك لأن لون الزنج لايختلف ، فالصفات المعتبرة فيها هى الطول ونحوه دون اللون (قوله وأختها) أى ولو كان ذلك فى محل يكثر وجودهما فيه أخذا من قوله لندرة اجتماعهما الخ ، وعبارة شيخنا الشوبرى على المنهج نصها : قال فى الإيعاب بعد كلام قرره : واعلم أنه لافرق فى ذلك أيضا بين بلد يكثر فيه الجوارى وأولادهم بالصفة المشروطة كبلاد السودان وأن لا ، خلافا لمن زعمه حملا للنص بالمنع على بلد لايكثر فيه ذلك اه . وكتب عليه أيضا : انظره مع ماتقدم فى الرطب فى الشتاء عند قوله لانتفاء الوثوق إن كان انتفاء الوثوق للندرة فلم غاير فى تعليل الأولى والثانية ، فإن كان غيره فما هو . وهلا علل فيها بالندرة أيضا تأمل ، وقد يختار الأول وإنما غاير لأن الندرة فى الأولى ذاتية وفى الثانية عدمية باعتبار ماعرض معه تأمل اه بحروفه . هذا وقد يقال كثرة وجود الإماء فى بلاد السودان مع أولادهن لاتستلزم وجود الصفة المعتبرة فى الأولاد مع الصفة المعتبرة فى الأم ، مثلا إذا وصف الأم بأنها بنت عشرين سنة مع كون طولها كذا وقدها كذا ووصف البنت بأنها بنت خمس سنين مثلا وأنها بصفة كذا عزّ اجتماع الصفتين فيهما فلا يتصور وجود ذلك إلا فى الفرد النادر ، وهو غير كاف فى صحة السلم (قوله لا العقيق) أى فلا يصح السلم فيه (قوله فرع يصح السلم) الغرض من هذا الفرع تفصيل الصفات فقط لابيان الصحة لأنها علمت مما مر (قوله فى الحيوان) أى كلا أو بعضا ، قال حج على قوله فى الحيوان : أى غير الحامل اه . ولعله لعزة الوجود بالصفة التى يذكرها كما مر فى تعليل المنع فى جارية وبنتها ، أو أنه بالتنصيص على الحمل صيره مقصودا فأشبه ما لو باعها وحملها وهو باطل (قوله أمر عبد الله) عبارة حج : أمر عمرو بن العاصى اه : فيحتمل أنه سقط من القلم لفظة ابن فليراجع ، ولفظ أبى داود : عن عبد الله بن عمرو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ فى قلاص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين » : أى من إبل الصدقة اه . قال المنذرى : وحكى الخطابى أن فى إسناده مقالا اه . قال ابن رسلان : لكن له شاهد صحيح ذكره البيهقى ، وقال ابن الأثير : القلاص جمع قلوص وهى الناقة الشابة ويجمع على قلوص وقلائص (قوله وهذا سلم) إنما يظهر كونه سلما على معتمده إذا عقد بلفظ السلم ، أما لو عقد بلفظ البيع فهو بيع لا سلم . ويمكن الجواب

لأنه لايقبلهما ، وتصحيح الحاكم النهى عن السلف فى الحيوان مردود بعدم ثبوته (فيشترط فى) السلم فى (الرقيق ذكر نوعه كتركى) ورومى وحبشى لاختلاف الأغراض بذلك ، فإن اختلف صنف النوع وجب ذكره كرومى أو خطائى (و) ذكر (لونه) إن اختلف (كأبيض) وأسود (ويصف بياضه بسمرة أو شقرة) وسواده بصفاء أو كدورة وإن لم يختلف لون النوع أو الصنف كالزنج لم يجب ذكره (و) ذكر (ذكورته وأنوثته) أى أحدهما فلا يصح فى الخنثى وثيابته وبكارته ، والواو فى هذا على ما فى كثير من النسخ ونحوه من كل ضدين مما يأتى بمعنى أو (وسنه) كابن عشرين سنة أو محتلم : أى أول عام احتلامه بالفعل أو وقته وهو تسع سنين

بأن المراد أنه أراد أنه سلم إما حقيقة أوحكما ، ويشعر به قوله لاقرض الخ ، فإنه جعل علة كونه ليس قرضا مافيه من الأجل والزيادة ، وهما كما يقبلهما السلم يقبلهما البيع (قوله لأنه) أى القرض (قوله لايقبلهما) أى واحدا منهما (قوله عن السلف) أى السلم (قوله كتركى) عبارة حج : كتركى أو حبشى ، وصفة المختلف كرومى أو خطائى وهى أولى لأن كلام الشارح يلزمه التناقض فى الرومى حيث جعله أولا نوعا للرقيق وثانيا صنفا له اللهم إلا أن يقال إنه جمع بين قولين (قوله ويصف بياضه) قال فى العباب : وفى جواز أبيض مشرب بحمرة أو صفرة وجهان : أقول : وينبغى أن يكون الأرجح الجواز ، ويكفى ماينطبق عليه الاسم منه ، بل ماذكر مستفاد من قول المصنف ويصف بياضه بسمرة لأن المراد منها الحمرة (قوله فلا يصح فى الخنثى) أى وإن اتضح بالذكورة لعزة وجوده ، وعليه فلو أسلم إليه فى ذكر فجاء له بخنثى اتضح بالذكورة ، أو عكسه فجاء له بأنثى اتضحت أنوثتها لم يجب قبوله لأن اجتماع الآلتين يقلل الرغبة فيه ويورث نقصا فى خلقته ، ومثل الخنثى الحامل للعلة المذكورة ، وقد تقدم عدم صحة السلم فى الحامل عن حج . هذا ، والأولى أن يقال هنا : إذا لم يذكر فى العقد كون المسلم فيه حائلا أوحاملا ثم أتى له بحامل ، فإن كانت مما يعد الحمل فيها عيبا لم يجب قبولها وإلا وجب (قوله وثيابته) مثله فى المحلى وهى مصدر ثاب إذا رجع وهو من باب قال فيقال ثاب ثوبا ، ويجوز فيه ثوبانا كما فى المختار والصحاح ، وثووبا كما فى القاموس : أى وأصله ثئوب كقعود استثقلت الضمة على الواو الأولى فقلبت همزة ، ولم أر الثياب فى الصحاح والقاموس والمصباح إلا فى جمع الثوب كما فى قوله تعالى ـ وثيابك فطهر ـ وعليه فانظر ما وجه التعبير بما ذكره الشارح تبعا للجلال المحلى ، وظاهره سواء كان الرقيق ذكرا أو أنثى وينبغى تقييده بالأنثى وعبارة متن الروض وشرحه : ويجب فى الأمة ذكر الثيابة والبكارة : أى أحدهما (قوله أو وقته) قضية المغايرة

(قوله ورومى) الصواب حذفه لأنه من اختلاف الصنف كما سيأتى ، وبعضهم يجعله من اختلاف النوع والشارح تبعه هنا ، وبالجملة فلا وجه للجمع بينهما (قوله أى أول عام احتلامه بالفعل أو وقته) هذا هو بحث الأذرعى فلا يأتى قول الشارح فاندفع ما للأذرعى هنا ، نعم قول الشارح وهو تسع سنين زاده على مافى كلام الأذرعى بيانا لمراده ، وظاهر أن المراد أنه لابد من النص على ذلك فلا يصح إطلاق محتلم ، فقد قال الأذرعى عقب مامر : وفى النفس شىء من الاكتفاء بإطلاق ذلك فإن ابن عشر ونحوها قد يحتلم وقد لايحتلم إلا بعد الخامسة عشرة ، والغرض والقيمة تتفاوت بذلك تفاوتا بينا اهـ . لكن بحث العلامة حج أن المراد احتلامه بالفعل إن تقدم على الخمسة عشرة وإلا فهى وإن لم ير منيا قال فلا يقبل مازاد عليها ولا مانقص عنها ولم يحتلم ، فقوله فلا يقبل الخ صريح فى صحة إطلاق محتلم فى العقد ، وأن التفصيل إنما هو فيما يجب قبوله ، وهذا لايتأتى فى كلام الشارح كالأذرعى وإلا لكان يجب قبول ابن تسع مطلقا ، فيجب أن يكون المراد فى كلام الشارح أنه لابد من النص فى العقد على أحد المذكورين

فاندفع ما للأذرعى هنا ويعتمد قول الرقيق فى الاحتلام وفى السن إن كان بالغا ، وإلا فقول سيده البالغ العاقل المسلم إن علمه وإلا فقول النخاسين : أى الدلالين بظنونهم (وقدّه) أى قامته (طولا وقصرا) وربعة فيذكر واحدا منها لاختلاف

أنه لو أحضره بعد اثنتى عشرة سنة مثلا ولم يسبق له احتلام لايجب قبوله ، وفيه نظر لأنه إذا أحضر المحتلم بعد خمس عشرة سنة قبله وغير المحتلم وهو ابن تسع قبله ، فلم يجعل لوقت القبول وقتا بعينه بل أقل وقت يقبل فيه تسع ، وعليه فينبغى أن يكون المدار على كونه لايقبل مادون التسع ويقبل ماوصل إليها فما فوق وإن لم يحتلم إلى تمام خمس عشرة سنة التى هى وقت البلوغ بالسن ، ومع ذلك فالتقابل بين أول عام الاحتلام ووقته وهو التسع فيه نظر ، فإنه إذا اكتفى ببلوغه التسع لم يبق لاعتبار الاحتلام بالفعل معنى ، فإنه إذا احتلم فى العاشرة مثلا كان ذلك بعد الوقت الذى يجب قبوله فيه ، ولعل اعتبار الاحتلام والوقت وجهان : فمنهم من اعتبر الوقت ، ومنهم من اعتبر الاحتلام (قوله فاندفع ما للأذرعى) الذى فى شرح الروض قال الأذرعى : الظاهر أن المراد به أوّل عام الاحتلام أو وقته وإلا فابن عشرين سنة محتلم اه . فما ذكره الشارح هو كلام الأذرعى فكيف يقول فاندفع الخ طبلاوى بهامش . ويمكن أن يجاب بأن الشارح لم يرد خصوص مانقله فى شرح الروض عن الأذرعى بل يجوز أن مانقله فى شرح الروض عنه هو مانقله الأذرعى ، واعترضه بكلام قصد الشارح دفعه ، والأذرعى له كتب متعددة كالتوسط والقوت والغنية ، فلا يلزم من عدم اعتراضه فى واحد منها عدم اعتراضه فى غيره . هذا ، وقال حج : ويظهر أن المراد احتلامه بالفعل إن تقدم على الخمسة عشر وإلا فهى وإن لم ير منيا ، ولا يقبل مازاد عليها لأن الصغر مقصود فى الرقيق ولا مانقص عنها ولم يحتلم لأنه لم يوجد وصف الاحتلام الذى نص عليه ، ولا نظر لدخول وقت بتسع لأنه مجاز ولا قرينة عليه (قوله ويعتمد قول الرقيق) قال حج : أى العدل اه : وقضيته أن العبد الكافر إذا أخبر بالاحتلام لايقبل خبره فى كلام بعضهم أنه يقبل ، ونظر فيه الشيخ حمدان ثم قال : اللهم إلا أن يقال لما لم يعرف ذلك إلا منه قبل : يعنى بخلاف إخباره عن السن فلا يقبل منه ، بل لابد لقبوله من كونه مسلما عدلا اه بالمعنى وهو ظاهر (قوله وإلا فقول سيده) ظاهره أن السيد لايقبل قوله إلا إذا كان العبد غير بالغ ولعله غير مراد وحينئذ فيمكن تقرير الشارح بما حاصله أنه يعتمد قول الرقيق إن كان بالغا وأخبر وإلا يوجد ذلك بأن كان غير بالغ أو بالغا ولم يخبر ، فقول السيد ولكنه يقتضى أنه إذا تعارض قول العبد وقول السيد قدم قول العبد لأنه إنما قبل قول السيد عند عدم إخبار العبد وهو محل تأمل ، إن ظهرت قرينة تقوّى صدق السيد كأن ولد عنده وادّعى أنه أرّخ ولادته ولم يذكر العبد قرينة يسند إليها بل قال سنى كذا ولم يزد ، ثم رأيت فى شرح العباب لحج مايصرح بالأوّل حيث قال : وإلا أى وإن لم يولد فى دار الإسلام ولم يعلم السيد من حاله شيئا وإن كان الرقيق غير بالغ أو بالغا ولم يعلم سنّ نفسه وكذا لو اختلف السيد فى سن العبد فيما يظهر اه : أى فيقدم خبر العبد (قوله المسلم) قضية هذا التقييد أنه لايعتبر فى قبول قول الرقيق ، وفى سم على منهج عن حج كشرح الروض اعتباره اه وعبارته وفى شرح الإرشاد لشيخنا حج كشرح الروض ، وظاهر أن محل تصديق السيد والرقيق البالغين إن كانا مسلمين عاقلين ، وما ذكره سم من اعتبار الإسلام فى الرقيق هو المتبادر من اعتبار حج العدالة فيه (قوله إن علمه) قال حج : وهو المراد بقوله إن ولد فى الإسلام (قوله وإلا فقول النخاسين) من النخس وهو الضرب باليد على الكفل : أى فإن لم يخبروا بشىء

فى كلامه كما قررته ، ويمكن أن يكون المراد من كلام الشارح كالأذرعى أنه يصح إطلاق محتلم وأنه لايجب إلا قبول ابن تسع فقط أو من هو فى أوّل احتلامه بالفعل : أى فلا يقبل ابن عشر مثلا إذا لم يحتلم بالفعل لكن لايخفى مافيه ، ويجوز أن الشارح كالأذرعى أراد بقولهما : أى أول احتلامه بالفعل أو وقته مجرد التردد بين الأمرين

الغرض بها (وكله) أى ماذكر مما يختلف كالوصف والسن والقدّ بخلاف نحو الذكورة (على التقريب) فلو شرط كونه ابن عشر مثلا من غير زيادة ولا نقص لم يصح لندرته (ولا يشترط ذكر الكحل) بفتحتين، وهو سواد يعلو جفن العين كالكحل من غير اكتحال (والسمن) فى الأمة (ونحوهما) كالدعج : وهو شدة سواد العين مع سعتها وتكلثم الوجه . وهو استدارته وثقل الأرداف ورقة الخصر والملاحة (فى الأصح) لتسامح الناس بإهمالها . والثانى يشترط لأنها مقصودة لاتؤدى إلى عزّة الوجود وتختلف القيمة بسببها وينزل فى الملاحة على أقل درجاتها، ومع ظهور هذا وقوّته المعتمد الأوّل . ويسن ذكر تفلج الأسنان أو غيره وجعد الشعر أو سبطه وصفة الحاجبين لا سائر الأوصاف التى تؤدى إلى عزّة الوجود كما يصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به العرف والقيمة لأن ذلك يورث العزّة ، ولو أسلم جارية صغيرة فى كبيرة صح كإسلام صغير الإبل فى كبيرها ، فإن كبرت بكسر الباء أجزأت عن المسلم فيه وإن وطئها كوطء الثيب وردها بالعيب (وفى) الماشية كالبقر و (الغنم والإبل والخيل والبغال والحمير الذكورة والأنوثة والسن واللون والنوع) لاختلاف الغرض والقيمة بذلك ، فيقول فى الإبل بخاتى أو عراب أو من نتاج بنى فلان أو بلد بنى فلان ، وفى بيان الصفات أرحبية أو مهرية لما مر ، وفى الخيل عربى أو تركى أو من خيل بنى فلان لطائفة كبيرة . ومقتضى إطلاقه جواز السلم فى الأبلق ، وقد نقل ذلك فى البحر عن بعض أصحابنا ، وفى الحاوى : لايجوز لأن البلق مختلف لاينضبط . قال الأذرعى : وهذا مختص بالبراذين لأنه نادر فى العتاق ، والأشبه الصحة ببلد يكثر وجودها فيه ، ويكفى مايصدق عليه اسم أبلق كسائر الصفات اه . ويمكن حمل الجواز على وجود ذلك بكثرة فى ذلك المحل ، وعدم الجواز على خلاف ماذكر ،

وقف الأمر إلى الاصطلاح على شىء (قوله ولا يشترط ذكر الكحل) أى لكن لو ذكر شيئا وجب اعتباره باتفاق القولين وينزل على أقل الدرجات بالنسبة لغالب الناس (قوله السمن فى الأمة) إنما اقتصر على الأمة لكونها محل توهم الاشتراط دون العبد فلا اعتراض عليه كالمحلى وشيخ الإسلام فى التقييد بالأمة (قوله ونحوهما) أى ولكن يسن ذكره خروجا من الخلاف وقياسا على سن ذكر مفلج الأسنان وما معه الآتى بالأولى (قوله والملاحة) هى تناسب الأعضاء ، وقيل صفة يلزمها تناسب الأعضاء (قوله بإهمالها) أى فى الرقيق ، إذ المقصود منه الخدمة لا التمتع فى الغالب (قوله والثانى يشترط) أى الذكر (قوله ومع ظهور هذا) أى الثانى (قوله كما يصف) مثال للمنفى (قوله فإن كبرت) أى الجارية التى هى رأس مال السلم حيث وجدت فيها صفات المسلم فيه التى ذكرها ويأتى مثله فى سائر الحيوانات وغيرها ، وإنما خص الجارية بالذكر لأنه قد يتوهم امتناعه خوفا من وطئها ثم ردها (قوله بكسر الباء) وضابطه أنه إن كان فى المعانى والأجرام فبالضم ، وإن كان فى السن فبالكسر (قوله وإن وطئها) غاية (قوله فى الأبلق) فى المختار : البلق سواد وبياض وكذا البلقة بالضم يقال فرس أبلق ، . وعليه فينبغى أن يلحق بالأبلق مافيه حمرة وبياض ، بل يحتمل أن المراد بالأبلق فى كلامهم ما اشتمل على لونين فلا يختص بما فيه بياض وسواد (قوله عن بعض أصحابنا) أى الخلاف فى الأبلق (قوله والأشبه الصحة) معتمد (قوله وجود ذلك بكثرة) كأن المراد منه الإشارة إلى أن ماذكره الأذرعى يمكن أن يجمع به بين كلامى البحر والحاوى ، فليس

(قوله لاسائر الأوصاف) محترز قول المصنف ذكر نوعه الخ (قوله لطائفة كبيرة) أى لئلا يعزّ وجوده نظير مامر فى ثمار القرية (قوله قال الأذرعى الخ) راجع إلى ماقبل كلام الماوردى

وقضية كلام المصنف كغيره أنه لايشترط ذكر القد ، ونقله الرافعى عن اتفاق الأصحاب لكن جزم ابن المقرى فى إرشاده باشتراطه فى الرقيق وفى الإبل والخيل المـاوردى ، لأن مايرفعه هذا فى أثمانها أكثر مما يختلف أثمان الحنطة بصغر الحبات وكبرها . قال الأذرعى : وهو الحق ونص المختصر يقتضيه ، ويجب طرده فى البغال والحمير والبقر ، وقضية كلام الإمام الجزم به حتى فى الغنم أيضا ، فعلى هذا يشترط فى سائر الحيوانات وهو المعتمد ، وما نقله الرافعى عن اتفاق الأصحاب كما مر يحمل على كون ذلك فى بلد لايختلف بذكره وعدمه غرض صحيح (وفى الطير) والسمك ونحوهما (النوع والصغر وكبر الجثة) أى أحدهما ولون طير لم يرد للأكل كما فى الوسيط وغيره وإن أهملاه فقد قال الأسنوى وغيره لابد منه لكن قال الأذرعى : اعتباره غريب ، ويظهر فى بعض الطيور حيث يختلف به الغرض والقيمة . ويجب ذكر سنه إن عرف وذكورته وأنوثته إن أمكن التمييز وتعلق به غرض ، وكون السمك بحريا أو نهريا طريا أو مالحا ، ولا يصح السلم فى النحل وإن جوزنا بيعه كما بحثه الأذرعى لأنه لايمكن حصره بعدد ولا كيل ولا وزن (وفى اللحم) من غير طير وصيد ولو قديدا مملحا (لحم بقر) جواميس

بحثا مقابلا كلامهما كما قد تشعر به عبارته ، لكن فى حمل كلام الحاوى القائل بعدم الجواز على بلد يقل فيه منافاة لتعليله بأن البلق مختلف لاينضبط فإنه صريح فى عدم الصحة فيه مطلقا لأنه جعل العلة فى عدم الجواز عدم الانضباط لا قلة وجوده وكثرتها ، إلا أن يقال : أشار إلى رد ماعلل به بقوله ويكفى مايصدق عليه الخ (قوله لايشترط ذكر القد) أى فى المـاشية (قوله باشتراطه) أى القد (قوله المـاوردى) صريح عبارة المنهج أن ابن المقرى نجازم بما قاله المـاوردى وهو خلاف مايفهم من كلام الشارح ، وقضية ما فى المنهج أن المـاوردى يقول : يشترط ذكر القد فى جميع المـاشية حتى البقر ، وما هنا يخرج ماعدا الرقيق والخيل والإبل ، ومقتضاه أن المـاوردى لم يذكر الاشتراط فى غير الخيل والإبل ويوافقه مانقله الشارح عن الأذرعى فى قوله ويجب طرده فى البغال الخ ، هذا وقضية نقله ماذكر فى الرقيق عن ابن المقرى أن المصنف لم يتعرض له فيه ؛ وليس مرادا لتصريحه به فى قوله وقده طولا وقصرا الخ (قوله فعلى هذا يشترط) أى القد (قوله وهو المعتمد) خلافا لحج (قوله وفى الطير والسمك ونحوهما) عبارة حج ومثله فى المنهج ولحمهما ، وهى تفيد أنه لايشترط فى لحم الطير والسمك سوى هذه الثلاثة ، ولا يستفاد ذلك من كلام الشارح فلعل نحوهما محرفة عن لحمهما ، وعلى كونها صحيحة فى كلام الشارح فلعل المراد بها بقية أنواع الصيد (قوله أى أحدهما) أى الصغر والكبر (قوله اعتباره غريب) أى من حيث النقل وإلا فلا غرابة فيه من حيث المعنى (قوله ويظهر فى بعض الطيور) أى اعتبار اللون (قوله وكون السمك بحريا) أى من البحر الملح (قوله أو نهريا) أى من البحر الحلو (قوله ولا يصح السلم فى النحل) بالحاء : أى وأما النخل بالخاء فالظاهر صحة السلم لإمكان ضبطه بالطول ونحوه فيقول أسلمت إليك فى نخلة صفتها كذا فيحضرها له بالصفة التى ذكرها . ومن الصفة أن يذكر مدة نباتها من نحو سنة مثلا (قوله وفى اللحم) لو اختلف المسلم والمسلم إليه فى كونه مذكى أو غيره صدق المسلم عملا بالأصل مالم يقل المسلم إليه أنا ذكيته فيصدق ، وسيأتى ذلك فى كلام

(قوله لكن جزم ابن المقرى فى إرشاده الخ) فيه أمور : منها أنه يقتضى أن المصنف لم يذكر القد فى الرقيق وليس كذلك . ومنها أن ابن المقرى لم يذكر ماذكره المـاوردى وعكسه وليس كذلك كما يعلم من شرح الروض (قوله مما يختلف) ما فيه مصدرية

أو عراب (أو ضأن أو معز) ذكر (خصى رضيع) هزيل لا أعجف لأن العجف عيب (معلوف أو ضدها) أى المذكورات : أى أنثى فحل فطيم راع سمين ، والرضيع والفطيم فى الصغير ، أما الكبير فمنه الجذع والثنى ونحوهما فيذكر أحد ذلك ، وذلك لاختلاف الغرض به ، إذ لحم الراعية أطيب والمعلوفة أدسم ، ولابد فيها من علف يكون مؤثرا فى لحمها كما قاله الإمام وقوّاه . وظاهر ذلك أنه لايجب قبول الراعية ، وهو كذلك وإن قال فى المطلب الظاهر وجوب قبولها : نعم إن لم يختلف بها وضدها بلد لم يجب ذكر أحدهما وكذا فى لحم الصيد ويذكر فى السمك والجراد عند عمومهما كون ذلك حيا أو ميتا ، ويذكر فى الحىّ العدد وفى الميت الوزن ، ويشترط فيه بيان عين ماصيد به (من فخذ) بإعجام الذال (أو كتف أو جنب) أو غيرهما لاختلاف الغرض أيضا بهما (ويقبل) حتما (عظمه على العادة) فى حالة الإطلاق كنوى التمر ، ويجوز شرط نزعه فى أوجه الوجهين ، وحينئذ فلا يجب قبوله ويجب قبول جلد يؤكل فى العادة مع اللحم لا رأس ورجل من طير وذنب أو رأس لالحم عليه من سمك (وفى الثياب الجنس) من كتان أو قطن والنوع وبلد نسجه إن اختلف به الغرض ، وقد يغنى ذكر النوع عن غيره (والطول والعرض والغلظ والدقة) بالدال المهملة ، وهما صفتان للغزل (والصفاقة) وهى انضمام بعض الخيوط إلى بعض (والرقة) وهى ضدها ، وهما يرجعان لصفة النسج فما هنا أحسن مما فى الروضة

الشارح فى الفصل الآتى (قوله أو ضأن) ظاهره أنه لايشترط ذكر اللون بأن يقول من خروف أبيض أو أسود . وينبغى اشتراطه إذا اختلف به الغرض . وفى حواشى شرح الروض لوالد الشارح مانصه : ولم أر من تعرض لاعتبار ذكر لون الحيوان الأهلى المسلم فى أهله لحمه ، وقد اعتبره الماوردى فى لحم الوحشى وقال : إن لألوانه فى لحمه تأثيرا فيقرب أن يكون مثله فى الأهلى إلا أن يتضح فرق ولا إخاله قاله الأذرعى اه . وينبغى أنه إذا اختلف الغرض بين لحم العربى والمرعز وجب ذكره أيضا (قوله فمنه الجذع) انظر لو ذكر كونها جذعة ضأن هل تجزى ما أجذعت قبل العام أو ما تأخر إجذاعها عن تمام العام ، وقد يقال لاتجزى فى الأول ، وكذا فى الثانى إن اختلف به الغرض اه سم على منهج . والأقرب الاكتفاء بها إذا أجذعت قبل تمام السنة فى وقت جرت العادة بإجذاع مثلها فيه لأن عدوله عن التقدير بالسن قرينة على إرادة مسمى الجذعة ، وإن أجذعت قبل تمام السنة فتجزى قبلها ، وكذا بعدها مالم تنتقل إلى حد لايطلق عليها جذعة عرفا (قوله ولابد فيها) أى المعلوفة (قوله إن لم يختلف بها) أى بالراعية (قوله وضدها) أى المعلوفة (قوله بلد) أى غرض أهل بلد بأن يتفاوت لحمهما عندهم (قوله وكذا فى لحم الصيد) أى فلا يشترط ذكرها فيه لعدم تأثيها فيه ، وكذا الطير ، وعليه فيشترط فى لحمهما النوع وصغر الجثة أو كبرها دون مازاد على ذلك من الصفات المذكورة (قوله ويقبل عظمه الخ) لانزع نوى التمر على الأوجه من وجهين فيه . والفرق أن التمر يدخر غالبا ونزع نواه يعرّضه للإفساد بخلاف العظم اه حج . وظاهره كالمحلى أن شرط نزع العظم لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف فى نزع نوى التمر فيحتمل أن الشارح سقط منه لفظ لا نزع الخ ويحتمل أنه قصد مخالفة حج فى ذلك فليحرر ، هذا إن رجع الضمير فى قوله شرط نزعه للتمر ، أما لو رجع للعظم لكونه المحدّث عنه أمكن جعله موافقا لكلام حج ، وهو الظاهر فإنه يدل بمفهومه أنه لا يجوز شرط نزع نوى التمر (قوله لالحم عليه) راجع للذنب والرأس . أما الرجل فلا يجب قبولها مطلقا عليها لحم أم لا

(قوله وكذا فى لحم الصيد) أى فلا يشترط فيه ذكر هذه الأوصاف ، وعبارة العباب : ويذكر فى لحم الصيد ما يذكر فى لحم غيره إلا الخصى والعلف وضدهما والذكورة والأنوثة إلا إن أمكن وفيه غرض (قوله ويشترط فيه بيان عين ماصيد به) يعنى فى لحم الصيد وكان ينبغى ذكره عقبه

كأصلها من اسقاطهما . نعم قد يستعمل الدقيق موضع الرقيق وعكسه (والنعومة والخشونة) وكذا اللون فى نحو قطن ووبر وحرير (ومطلقه) أى الثوب عن قصر وعدمه (يحمل على الخام) دون المقصور لأن القصر صفة زائدة ، فلو أحضر المقصور فهو أولى ، قاله الشيخ أبوحامد ، ومقتضاه وجوب قبوله ، وهو الأوجه كما قاله السبكى وغيره إلا أن يختلف به الغرض فلا يجب قبوله (ويجوز فى المقصور) لانضباطه فلا يجوز فى الملبوس ولو لم يغسل لانتفاء انضباطه ، بخلاف الجديد وإن غسل ولوقميصا وسراويل ان أحاط الوصف بهما وإلا فلا ، وعلى ذلك يحمل تناقض الشيخين فى ذلك (و) يجوز السلم فى الكتان لكن بعد دقه : أى نفضه لاقبله فيذكر بلده ولونه وطوله أو قصره ونعومته أو خشونته ودقته أو غلظه وعتقه أو حداثته ان اختلف الغرض بذلك ، وفى (ماصبغ غزله قبل النسج كالبرود) إذا بين مايصبغ به وكونه فى الصيف أو الشتاء واللون وبلد الصبغ كما قاله الماوردى (والأقيس صحته فى المصبوغ بعده) أى النسج كما فى الغزل المصبوغ (قلت : الأصح منعه) لأن الصبغ بعده يسد الفرج فلا تظهر الصفاقة ولا الرقة معه بخلاف ماقبله (وبه قطع الجمهور) ونص عليه فى البويطى (والله أعلم) ويجوز فى الحبرة وعصب اليمن إن وصفه حتى تخطيطه نص عليه فى الأم ، وقول بعض الشراح إلا عصب اليمن غلط الا أن يحمل على مالا يضبطه الوصف (وفى التمر) والزبيب (لونه ونوعه) كمعقلى أو برنى (وبلده) كبصرى أو بغدادى (وصغر الحبات وكبرها) أى أحدهما لأن صغير الحب أقوى وأشد (وعتقه وحداثته) أى أحدهما وكون جفافه بأمه أو الأرض كما قاله الماوردى فإن الأول أبقى والثانى أصفى لامدة جفافه الا فى بلد يختلف بها ،

(قوله قد يستعمل) أى مجازا (قوله قد يستعمل الرقيق الخ)هذا صريح فى أن التفرقة هى الأصل ، وفى ع مانصه : قول المصنف والرقة هو يوافق مانقل عن الشافعى لكن فى الصحاح الدقيق والرقيق خلاف الغليظ (قوله وحرير) زاد حج : وإطلاقهم محمول على مايختلف من كتان وقطن اه . وليتأمل ماذكره فى القطن حيث ذكره فيما يجب فيه بيان اللون وفيما لايختلف ، اللهم إلا أن يقال إنه نوعان (قوله إلا أن يختلف) أى لعامة الناس لالخصوص المسلم كما هو القياس فى نظائره (قوله لانضباطه) ومن انضباطه أن لاتدخله النار وأن يكون بغير دواء ، وعبارة ع : قول الشارح وفرق المانعون الخ هذا يفيدك أن المقصور إذا كان فيه دواء يمتنع . أقول : خصوصا إذا كان يغلى على النار كما هو موجود ببلادنا ، بل وفى البعلبكى فيما بلغنى فإن تأثير النار وأخذها من قواه غير منضبط بل ولو خلا عن الدواء فى هذه الحالة ، ثم المصقول بالنشا مثل ذلك فيما يظهر (قوله أى نفضه) أى من الناس ولعله لأنه لايمكن ضبطه قبل نفضه بالوصف ، ولا يشكل عليه جواز بيعه لأن البيع يعتمد المعاينة بخلاف السلم (قوله والأقيس) أى والأوفق بالقياس على القواعد الفقهية (قوله لأن الصبغ) يؤخذ منه أن ماغسل بحيث زال انسداد الفرج يجوز السلم فيه بأن يقول أسلمت فى مصبوغ بعد النسج مغسول بحيث لم يبق انسداد فيه الخ ، ولا مانع منه طب اه سم على منهج (قوله ويجوز فى الحبرة) والحبرة كالعنبة برد يمانى والجمع حبر كعنب وحبرات بفتح الباء اه مختار (قوله وعتقه) قال الأسنوى بكسر العين مصدر عتق بضم التاء اه ، وفى شرح المنهج بضم العين اه عميرة ،

(قوله ويجوز فى الحبرة) الحبرة من البرود ماكان موشى مخططا ، يقال ثوب حبرة وبرد حبرة بوزن عنبة على الوصف والإضافة وهو برد يمانى والجمع حبر وحبرات ، والعصب برود يمنية يعصب غزلها : أى يجمع ويشد ثم يصبغ وينسج فيأتى موشى لبقاء ماعصب منه أبيض لم يأخذه صبغ ، وقيل هى برد مخططة ، قاله فى نهاية

ولا يصح السلم فى التمر المكنوز فى القواصر وهو المعروف بالعجوة لتعذر استقصاء صفاته المشترطة حينئذ ، ولأنه لايبقى على صفة واحدة غالبا كما نقله الماوردى عن الأصحاب وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، ويذكر فى الرطب والعنب غير الأخيرين ، والرطب كالتمر ومعلوم أنه لاجفاف فيه (والحنطة وسائر الحبوب كالتمر) فيما يذكر حتى مدة الجفاف بتفصيلها ، ومرّ عدم صحة السلم فى الأرز فى قشرته العليا كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما فى فتاوى المصنف كالبحر إذ لايعرف حينئذ لونه وصغر حبه وكبرها لاختلاف قشره خفة ورزانة ، وإنما صح بيعه لأنه يعتمد المشاهدة والسلم يعتمد الصفات ، ومن ثم صح نحو بيع المعجونات دون السلم فيها ، وبحث بعضهم صحته فى النخالة ، وجرى عليه ابن الصباغ ، وهو ظاهر إن انضبطت بالكيل ولم يكثر تفاوتها فيه بالانكباس وضده ، ويصح فى الأدقة فيذكر فيها مامرّ فى الحب إلا مقداره ، ويذكر أيضا كيفية طحنه هل هو برحى الدواب أو الماء أو غيره وخشونة الطحن أو نعومته ، ويصح فى التبن فيذكر أنه من تبن حنطة أو شعير وكيله

وفى المصباح عتقت الخمرة من باب ضرب وقرب قدمت عتقا بفتح العين وكسرها اهـ ، وفى القاموس عتق بعد استعلاج كضرب وكرم فهو عتيق ، ثم قال : والشىء قدم كعتق كنصر والخمر حسلت وقدمت اهـ : فيفيد أن المصدر بالفتح والضم ولم يتعرض للكسر ، فيحتمل أن قول المحشى بكسر العين تحريف عن بضم العين ويدل عليه قوله مصدر عتق بالضم (قوله المكنوز فى القواصر) لو لم يتعرض لكنزه فيها جاز قبول مافيها اهـ حج . والقواصر جمع قوصرة وهى كما فى المصباح بالتخفيف والتثقيل وعاء التمر تتخذ من قصب (قوله لتعذر استقصاء صفاته) هذا قد يفهم صحة السلم فى العجوة المنسولة وصرح بذلك شيخنا العلامة الشوبرى (قوله لايبقى على صفة) أى لايدوم على صفة (قوله غير الأخيرين) أى عتقه وحداثته (قوله والرطب كالتمر) ذكره توطئة لقوله ومعلوم الخ ، وكأن المراد به دفع مايوهمه التشبيه من أنه لابد من بيان كون الجفاف بأمه أو على الأرض الذى زاده الشارح ، ثم ماذكره فى الرطب على هذا الوجه يأتى مثله فى العنب وكأنه لم يذكره لعدم ذكره فى المتن (قوله ومرّ) أى فى البيع (قوله فى قشرته العليا) أفاد شيخنا الشارح فى إفتاء له أن الفول المدشوش متقوّم ، ونقل عن والده عدم صحة السلم فيه اهـ كذا بخط الأصل ، ونقله أيضا سم على منهج عنه ، وينبغى أن مثله المدشوش من غير الفول أيضا لاختلافه بعد دشه نعومة وخشونة ، وقد يخرج ذلك تعبير المصنف بالحبوب لأنها بعد دشها لاتسمى حبا (قوله وإنما صح بيعه) أى فى قشرته العليا (قوله فى النخالة والتبن) ومثله قشر البن اهـ حج . ولم يذكر هل يعتبر ضبط ذلك أهو بالكيل أو الوزن أو غيرهما ، وقياس ما اعتبره الشارح فى النخالة من الكيل جريان مثله فى التبن والقشر ، ثم ماصح مكيلا صح موزونا وعليه فيجوز فى الثلاثة كيلا ووزنا ، ويعتبر فى الكيل كونه بآلة يعرف مقدار ماتسع ، ويعتبر فى كيله ماجرت به العادة فى التحامل عليه بحيث يتكبس بعضه على بعض ، ولو اختلفا فى صفة كيله من تحامل أو عدمه رجع لأهل الخبرة أو فى صفة مايكال به تحالفا لأن اختلافهما فى ذلك اختلاف فى قدر المسلم فيه (قوله إن انضبطت بالكيل) أى أو الوزن (قوله إلا مقداره) أى فلا يشترط لعدم اختلاف الغرض به (قوله ويصح فى التبن) ومثله قشر البن كما تقدم عن حج ومثله فى الصحة الدريس خلافا لما وقع لسم فيصح السلم فيه كيلا أو

الغريب (قوله والرطب كالثمن الخ) لاحاجة إليه (قوله خفة ورزانة) أى القشر وفى نسخة خفة ورزانة ، بالنصب بغير وعطف بغير ضمير

أو وزنه ، والمذهب جوازه فى السويق والنشا ، ويجوز فى قصب السكر وزنا : أى فى قشره الأسفل ، ويشترط قطع أعلاه الذى لاحلاوة فيه كما قاله الشافعى رضى الله عنه، وقال الماوردى : وقطع مجامع عروقه من أسفل وهذا هو الأصح ويطرح ماعليه من القشور ، ولا يصح السلم فى العقار لأنه إن عين مكانه فالمعين لايثبت فى الذمة وإلا فمجهول ، ويصح فى البقول ككرات وثوم وبصل وفجل وسلق ونعنع وهندبا وزنا فيذكر جنسها ونوعها ولونها وكبرها أو صغرها وبلدها ، ولا يصح السلم فى السلجم والجزر إلا بعد قطع الورق لأن ورقها غير مقصود ، ويصح فى الأشعار والأصواف والأوبار كما مرت الإشارة إليه فيذكر نوع أصله وذكورته أو أنوثته لأن صوف الإناث أنعم ، واغتنوا بذلك عن ذكر اللين والخشونة وبلده ولونه ووقته هل هو خريفى أو ربيعى وطوله أو قصره ووزنه ولا يقبل إلا منقى من بعر ونحوه كشوك ، ويجوز شرط غسله ، ولا يصح فى القز وفيه دوده حيا أو ميتا لأنه يمنع معرفة وزن القز أما بعد خروجه منه فيجوز ، ويصح فى أنواع العطر كزعفران لانضباطها فيذكر وصفها من لون ونحوه ووزنها ونوعها (وفى العسل) وهو حيث أطلق عسل النحل زمانه ومكانه ولونه فيقول (جبلى أو بلدى صيفى أو خريفى أبيض أو أصفر) لاختلاف الغرض بذلك لأن الأول أطيب ويبين مرعاه كما نص عليه فى الأم لتكيفه بما رعاه من داء كنور الفاكهة أو دواء كالكمون ، قال الأذرعى : وكأن هذا فى موضع يتصور فيه رعى هذا بمفرده وهذا بمفرده وفيه بعد (ولا يشترط فيه العتق والحداثة) أى ذكر أحدهما خلافا للماوردى لأن الغرض لايختلف فيه بذلك لأنه لايتغير إذ كل شىء يحفظ به (ولا يصح) السلم (فى المطبوخ والمشوى) وكل ما أثرت فيه النار : تأثيرا غير منضبط كالخبز لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه ، ولهذا لو انضبطت ناره أولطفت صح فيه على المعتمد ويفارق الربا بضيقه وذلك كسكر وفانيد وقند خلافا لمن زعم تقومه

وزنا (قوله والمذهب جوازه فى السويق) إفراده بالذكر وإجراء الخلاف فيه يدل على اشتماله على صفة زائدة على مجرد كونه دقيقا ، ويشعر به قول المصباح والسويق مايعمل من الحنطة والشعير معروف اهـ . ووجه الإشعار أنه قال مايعمل من الحنطة الخ ولم يقل دقيق الحنطة والشعير (قوله ويطرح ماعليه من القشور) أى التى جرت العادة بها (قوله وثوم وبصل) وفى العباب : يصح السلم فى البصل كيلا ، ويمكن حمله على نوع لايزيد جرمه على الجوز عادة وما هنا على خلافه ومثله يقال فى البيض (قوله ولا يصح السلم فى السلجم) أى اللفت (قوله أو أصفر) قوى أو رقيق ويقبل مارق لحر لا لعيب اهـ حج (قوله لأن الأول) أى الجبلى (قوله وفيه بعد) أى فلو اتفق وجود ذلك فى بلد اشترط وإلا فلا (قوله إذ كل شىء يحفظ به) أى من خواصه أنه إذا طرح فيه شىء وترك المطروح فيه بحاله لايتغير (قوله لو انضبطت ناره) أى نار ما أثرت فيه (قوله أو لطفت) سيأتى له أن المراد باللطافة الانضباط فعطفه عليه للتفسير ، وعليه فأو بمعنى الواو لأنها المستعملة فى عطف التفسير (قوله بضيقه) أى الربا (قوله وذلك) أى ما انضبطت ناره (قوله وقند) نوع من السكر (قوله خلافا لمن زعم تقومه) يتأمل هذا

(قوله أى فى قشره الأسفل) ظاهره بقرينة السياق أنه لابد من ذكر هذا فى العقد وكذا قوله ويشترط قطع أعلاه الخ وليس كذلك ، وعبارة العباب : ويسلم فى قصب السكر وزنا ، ولا يقبل أعلاه الخالى عن الحلاوة ومجمع عروقه وما عليه من القشر (قوله ويطرح ما عليه من القشور) لاحاجة إليه (قوله أما بعد خروجه منه فيجوز) ظاهره أنه لابد من التعرض لذلك فى العقد بقرينة السياق ، فيفيد أنه لايصح الإطلاق ، لكن عبارة العباب : ولا يسلم فيه بدوده انتهت ، وهى تفهم صحة الإطلاق (قوله وفيه بعد) من جملة كلام الأذرعى (قوله وفانيد) هو السكر الخام القائم فى أعساله كما فسره به الجلال السيوطى فى فتاويه ، والفانيد نوع

ودبس مالم يخالطه ماء ولبأ وصابون لانضباط ناره وقصد أجزائه مع انضباطها وجص ونورة وزجاج وماء ورد كما جزم به الماوردى وغيره وفحم كما قاله والسبكى اجروأوانى خزف انضبطت كما يعلم مما يأتى ، وعلم مما تقرر أن مراد المصنف كغيره بكون نار السكر ونحوه لطيفة أنها مضبوطة فلا اعتراض عليه حينئذ (ولا يضرّ تأثير الشمس) أو النار فى تمييز سمن أو عسل لعدم اختلافه ، ويصح السلم فى الشمع ، قال الأذرعى : والظاهر جوازه فى المسموط لأن النار لاتعمل فيه عملا له تأثير (والأظهر منعه) أى السلم (فى رؤوس الحيوان) لاشتمالها على أبعاض مختلفة من المناخر والمشافر وغيرهما ، ويتعذر ضبطها : والثانى الجواز بشرط أن تكون منقاة من الشعر والصوف موزونة قياسا على اللحم بعظمه ، وفرق الأول بأن عظمها أكثر من لحمها عكس سائر الأعضاء ، أما إذا لم تنق من الشعر ونحوه فلا يصح السلم فيها جزما ولا يحتاج إلى تقييدها بكونها نيئة لخروجه بقوله ولا يصح فى المطبوخ ، وكذا لايصح فى الأكارع ولو نيئة منقاة لما فيها من الأبعاض المختلفة (ولا يصح) السلم (فى مختلف أجزاؤه (كبرمة) من نحو حجر (معمولة) أى محفورة بالآلة واحترز بها عما صب منها فى قالب ، وهذا قيلم أيضا فيما بعدها ماعدا الجلد كما يأتى (وجلد) ورق (وكوز وطس) بفتح أوله وكسره ويقال فيه طست (وقمقم ومنارة) بفتح الميم من النور ومن ثم كان الأشهر فى جمعها مناور لامنائر (وطنجير) بكسر أوله وفتحه خلافا لمن جعل الفتح لحنا كالحريرى وهو الدست (ونحوها) من حب وإبريق ونشاب لعدم انضباطها باختلاف أجزائها ، ومن ثم صح فى قطع أو قصاصة جلد دبغ واستوت جوانبه وزنا ، قال الأشمونى : والمذهب جواز السلم فى الأوانى المتخذة من الفخار ولعله محمول على غير ماهر (ويصح) السلم (فى الأسطال المربعة) مثلا والمدوّرة كما صرح به سليم فى التقريب ، وقال الأذرعى : إنه الصواب ، واقتضاه كلام الشيخ أبى حامد ولو لم تصبّ فى قالب لعدم اختلافها بخلاف ضيقة الرؤوس ، ومحله عند اتحاد معدنها لا إن خالطه غيره (وفيما صب منها) أى المذكورات من أصلها المذاب (فى قالب) بفتح اللام إذ مكسورها البسر الأحمر ، وقيل يجوز هنا الكسر أيضا وذلك بانضباطها بانضباط قوالبها ، وفى نقد إن كان رأس المال غيره لامثله ولا أحد النقدين فى الآخر كمطعوم فى جنسه أو غيره

فإن تقوّمه لايقتضى عدم صحة السلم فيه (قوله ولبأ) قال فى شرح الروض: واللبأ بالهمز والقصر أول مايحلب ، وغير المطبوخ منه يجوز السلم فيه قطعا اه . وأما المطبوخ فيجوز السلم فيه على ماصححه فى تصحيح التنبيه وإن اعتمد فى الروض خلافه ، وفى شرح الروض : وأما اللبأ فيذكر فيه مايذكر فى اللبن وأنه قبل الولادة أو بعدها وأنه أوّل بطن أو ثانيه أو ثالثه ، ولبأ يومه أو أمسه كذا نقله السبكى عن الأصحاب اه . وقوله وآجر قال فى شرح الروض : نعم يمتنع فى الآجر الذى لم يكمل نضجه واحمرّ بعضه واصفرّ بعضه ، نقله الماوردى عن أصحابنا ، قال السبكى : وهو ظاهر لاختلافه اه سم على حج ، وقوله وأنه قبل الولادة أو بعدها منه يعلم أن تفسيره بأنه أول مايحلب المراد منه أول مايحلب بعد انقطاع اللبن للحامل وعوده (قوله وزجاج) أى منيلة اه حج (قوله وماء ورد) أى خالص بخلاف المغشوش اه حج (قوله كما جزم به) ومثله غيره من بقية المياه المستخرجة (قوله ويصح السلم فى الشمع) المتبادر منه أنه شمع العسل لأنه المعروف ، وينبغى أن مثله يتخذ من الدهن فيصح السلم فيه وزنا ، ثم إن ظهر أن فتيلته ثمينة على خلاف العادة لم يجب قبوله (قوله من حب) هو المسمى بالزير وهو بالحاء المهملة والباء (قوله لعدم انضباطها) أى باشتمالها على الريش والنصل والخشب (قوله ولعله محمول على غير ماهر) أى من المعمولة (قوله بانضباط قوالبها) بكسر اللام لأن ما كان مفرده على فاعل بفتح العين فجمعه فواعل بكسرها كعالم بالفتح وعوالم بالكسر (قوله كمطعوم) أى فإنه لايصح (قوله أو غيره) يشمل ما لو أسلم برّا فى ثوب مثلا

من العسل (قوله وجص ونورة) أى كيلا ووزنا كما تقدم التنبيه عليه (قوله ولا يحتاج إلى تقييدها) أى لمحل

ولو حالا إذ وضع السلم على التأخير ، فلو لم يصح سلما فى مسئلة التقدين لم ينعقد صرفا وإن نوياه على الراجح خلافا لبعض المتأخرين بناء على أن العبرة بصيغ العقود فهو كما لو قال أبحتك إياه بكذا ونويا البيع به ويصح السلم المنافع لأنها تثبت فى الذمة كالأعيان وفى دهن وأدوية وبهار وسائر ماينضبط وفى الورق ويبين فيه عدده ونوعه وطوله وعرضه ولونه ودقته أوغلظه وصنعته وزمانه كصيفى أو شتوى (ولا يشترط) فيما يسلم فيه (ذكر الجودة والرداءة فى الأصح) لما ذكره بقوله (ويحمل مطلقه) عنهما (على الجيد) للعرف : والثانى يشترط لاختلاف الغرض بهما فيفضى تركهما إلى النزاع ورد بالحمل المذكور ، وعلى القولين ينزل على أقل الدرجات فلو شرط الأجود لم يصح لأن أقصاه غير معلوم وأن شرط داءة فإن كانت رداءة النوع صح لانضباط ذلك أو رداءة العيب لم يصح لأنها لاتنضبط إذ مامن ردئ إلا ويوجد ردئ آخر خير منه ، وإن شرط الأردأ صح لأن طلب أردأ من المحضر عناد ، وما استشكله بعض الشراح بصحة سلم الأعمى قبل التمييز : أى لأنه لا يعرف الأجود من غيره رد بأنه وإن صح سلمه لايصح قبضه بل قد يتعين توكيله . نعم يرد الإشكال على اشتراطهم معرفة العاقدين الصفات ، ويمنع بأن المراد بمعرفتها تصورها ولو بوجه والأعمى المذكور يتصورها كذلك (ويشترط) مع مامر (معرفة العاقدين الصفات) المشترطة ، فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح كالبيع (وكذا غيرهما) أى عدلان آخران يشترط معرفتهما لها (فى الأصح) ليرجع إليهما عند التنازع : والثانى لايشترط معرفة غيرهما ، والمراد أن يوجد غالبا بمحل التسليم ممن يعرفها عدلان أو أكثر ، ومن لازم معرفة من ذكرها ذكرها فى العقد بلغة يعرفها العاقدان وعدلان ، وهذا تفصيل لبيان ما أجمله سابقا وأخره ليقع الختم به بعد الكل لأنه المرجع بعد وقوع التنازع فى شىء من ذلك ، وتقدم الكلام فيه بأبسط من هذا .

وهو غير مراد ، فلو أسلم برا أو شعيرا فى ثياب صح (قوله خلافا لبعض المتأخرين) حج (قوله ويصح السلم فى المنافع) أى غير منفعة العقار لما تقدم كخدمة العبد وركوب الدابة (قوله وبهار) بوزن سلام الطيب ومنه قيل لأزهار البادية بهار ، وقال ابن فارس : والبهار بالضم شىء يوزن به اهـ مصباح (قوله لأنها لاتنضبط) قال فى شرح الروض : فإن بينه وكان منضبطا كقطع اليد والعمى صح ، قاله السبكى وغيره اهـ سم على حج (قوله ردىء) قال فى المختار : الردىء بالمد الفاسد وبابه ظرف (قوله يتصورها كذلك) أى بوجه .

الخلاف (قوله فلو لم يصح سلما) الأولى وكما لايصح سلما لاينعقد صرفا (قوله وما استشكله بعض الشراح الخ) وجه الإشكال أن صحة اشتراط ذكر الجودة والرداءة ينافيه ما ذكروه من صحة سلم الأعمى قبل التمييز مع عدم معرفته الأجود من غيره ، وعبارة التحفة : واستشكل شارح هذا بصحة سلم الأعمى قبل التمييز الخ (قوله وهذا تفصيل لبيان ما أجمله الخ) الذى سلكه الجلال المحلى فى الجواب أن المراد فيما مر معرفة الأوصاف فى نفسها : أى بأن لاتكون مجهولة ، ومن ثم فرع عليها المصنف قوله فلا يصح فيما لاينضبط الخ ، والمراد هنا اشتراط زيادة على ذلك وهى معرفة ذلك للعاقدين وعدلين .

فصل فى بيان أخذ غير المسلم فيه عنه ووقت أدائه ومكانه

(لايصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير) بالرفع نيابة عن الفاعل (جنسه) كبرّ عن شعير (ونوعه) كمعقلى عن برنى وتركى عن هندى وتمر عن رطب ومسقى بمطر عن مسقى بعين ومسقى بماء السماء عن مسقى بماء الوادى على مانقله الريمى واعتمده هو وغيره ، وفيه نظر لأن ماء الوادى إن كان من عين فقد مرّ أو من مطر فهو ماء السماء أيضا ، اللهم إلا أن يعلم اختلاف ماينبت منه اختلافا ظاهرا ، وزعم بعضهم أن اختلاف المكانين بمنزلة اختلاف النوعين وذلك لأنه بيع للمبيع قبل قبضه .والحيلة فيه أن يفسخا السلم بأن يتقايلا فيه ثم يعتاض عن رأس المال ، ومن ذلك ما لو أسلم لآخر ثوبا فى دراهم فأسلم الآخر إليه ثوبا فى دراهم واستويا صفة وحلولا فلا يقع تقاصّ على المنقول المعتمد لأنه كالاعتياض عن المسلم فيه وهو ممتنع (وقيل يجوز فى نوعه) لأن الجنس يجمعهما

(فصل) فى بيان أخذ غير المسلم فيه

(قوله ووقت أدائه) أى وما يتعلق بوقت أدائه ومكانه لأنه لم يذكر هنا نفس الزمان الذى يجب التسليم فيه ولا المكان بل علما مما مر (قوله لايصح) أى لايجوز لأن عدم الجواز لازم لعدم الصحة (قوله نيابة عن الفاعل) ويجوز نصبه ببناء الفعل للفاعل وجعل الفاعل ضميرا يعود على المسلم (قوله على مانقله الريمى) نسبة إلى ريمة بالفتح مخلاف باليمن وحصن باليمن قاموس (قوله اللهم إلا أن يعلم) أى فلا يتوجه النظر ، وإن فرض اختلاف فلعله لجواز أن تأثير المطر النازل على الزرع يخالف تأثير ما اجتمع فى الوادى منه ثم سقى به الزرع لتكيف المجتمع فى الوادى بصفة أرضه فتحصل له حالة تخالف مانزل من السماء على الزرع بلا مخالطة لشىء (قوله وزعم بعضهم الخ) معتمد (قوله وذلك) أى عدم الصحة . قال شيخنا الزيادى : فلو ضمن شخص دين السلم وأراد المسلم الاعتياض منه غير جنسه أو نوعه فهل يجوز أولا تردد ، والمعتمد الجواز لأنه دين ضمان لادين سلم والثابت فى الذمة نظيره لاعينه (قوله أن اختلاف المكانين) أى فلا يكفى أحدهما عن الآخر فهو ظاهر حيث علم اختلاف ماثبت فى المكانين اختلافا ظاهرا ، وعبارة حج بعد قوله ظاهرا وكذا فيما زعمه بعضهم وهو صريح فيما ذكرناه (قوله لأنه بيع للمبيع قبل قبضه) أى وهو باطل لكن هذا يقتضى امتناع الاستبدال عن الثمن لأنه كالمبيع لايجوز بيعه قبل قبضه إن كان معينا وهو خلاف مامر من جواز الاستبدال عن غير الثمن ، اللهم إلا أن يقال مراده ببيعه الاعتياض عنه وهو ممنوع فى المثمن ، ولا يلزم من منعه فيه منعه فى الثمن كما مر فى الاستبدال ، وعليه فيفرق بين المعين فلا يجوز بيعه قبل القبض لا ثمنا ولا مثمنا ، وما فى الذمة حيث يمتنع الاعتياض عنه مثمنا لا ثمنا وفيه شىء (قوله والحيلة فيه) أى فى الاستبدال (قوله ثم يعتاض عن رأس المال) أى ولو كان أكثر من رأس المال بكثير ولو مع بقاء رأس المال الأصلى (قوله ومن ذلك) أى الاعتياض الممتنع (قوله لأنه كالاعتياض عن المسلم فيه)

(فصل) فى بيان أخذ غير المسلم فيه

(قوله وذلك لأنه الخ) علة للمتن ويعكر على مايقتضيه هذا التعليل من البطلان مامر من صحة الاعتياض عن عن المبيع فى الذمة (قوله بأن يتقايلا) أى فلا أثر لمجرد التفاسخ إذ لايصح من غير سبب ، كما تقدم التنبيه على أخذه من كلام الشارح خلافا للشهاب حج فيما مر ، وإن كان هنا قد ذكر هذا التفسير الذى ذكره الشارح (قوله لأنه كالاعتياض عن المسلم فيه) أى فكأنه اعتاض ما كان فى ذمته للآخر عما كان فى ذمة الآخر له

فكان كما لو اتحد النوع واختلفت الصفة رد بقرب الاتحاد هنا ، ولو اعتبرنا جمع الجنس لاعتبرنا جمع جنس آخر كالحب ولم يمتنع فى شىء فاندفع ما أطال به جمع لترجيحه (و) على الجواز (لا يجب) القبول لاختلاف الغرض (ويجوز أردأ من المشروط) لأنه من جنس حقه ، فإذا تراضيا به كان مسامحة بصفة (ولا يجب) قبوله ولو أجود من وجه لأنه دون حقه (ويجوز أجود) منه من كل وجه لعموم خبر « خياركم أحسنكم قضاء (ويجب قبوله فى الأصح) لأن الامتناع منه عناد وزيادته غير متميزة ، والظاهر أن باذله لم يجد غيره فخفف أمر المنة فيه وأجبر على قبوله . والثانى لا يجب لما فيه من المنة كما لو أسلم فى خشبة خمسة أذرع فجاء بها ستة فلا يلزمه قبولها ، وفرق الأول بعدم إمكان فصل الجودة فهى تابعة بخلاف زيادة الخشبة . نعم لو أضره قبوله ككون المأتى به أصله أو فرعه أو زوجه أو من أقر بحريته أو شهد بها فردا ولم تكمل البينة لم يلزمه ، ولو قبضه جاهلا فهل يفسد قبضه أو يصح ويعتق عليه ؟ وجهان أصحهما ثانيهما ، وفى نحو عمه وجهان أوجههما المنع لأن من الحكام من يحكم بعتقه

فيه نظر لأن الاعتياض عن المسلم فيه إنما يمتنع إذا كان من غير الجنس أو النوع ، وكلاهما منتف هنا كما يصرح به قوله واستويا صفة وحلولا ، فالقياس جواز التقاص فيه لاستيفاء شروطه إلا أن يكون الامتناع لدليل آخر (قوله ورد بقرب الاتحاد هنا) أى فى الصفة فكأنه لا اختلاف بين العوضين بخلافه فى النوع فإن التباعد بينهما أوجب اعتبار الاختلاف (قوله ولو اعتبرنا الخ) تقوية لقوله ورد الخ (قوله اعتبرنا الخ) أى اكتفينا به جوزنا استبدال أحد النوعين عن الآخر وهم لم يقولوا به (قوله لا اعتبرنا) أى لاكتفينا فى الجواز بجنس فوق الجنس السافل كالحب فجوزنا استبدال الشعير ونحوه عن القمح ، وكتب أيضا قوله لاعتبرنا جمع جنس قد تمنع هذه الملازمة لظهور تفاوت صفات أفراد الجنس الواحد وأنواعه ، بخلاف الجنسين وإن دخلا تحت جنس أعلى اه سم على حج (قوله لاختلاف الغرض) ينبغى أن محل ذلك على هذا ما لم يكن المحضر أجود من المسلم فيه من كل وجه أخذا مما يأتى فى الصفتين (قوله لعموم خبر خياركم) ينبغى أن يقرأ بالنصب على الحكاية لما يأتى له أن لفظ الحديث « إن خياركم أحسنكم قضاء » اللهم إلا أن يثبت فيه رواية بإسقاط إن (قوله فلا يلزمه قبولها) أى ويجوز له ويكون الذراع السادس هبة ، وهكذا قول حج لم يلزمه قبوله كما لو تميزت الزيادة كأحد عشرة عن عشرة فإنه يقتضى جواز القبول (قوله نعم لو أضره قبوله الخ) هذا استدراك على إحضار الأجود ، وقضيته أنه لو أحضره له بالصفة المشروطة من غير زيادة ولا نقص وجب قبوله وإن كان له غرض فى الامتناع وبتسليمه فيفرق بينه وبين الأجود بأن المحضر بالصفة يصدق عليه أنه المسلم فيه حقيقة ولا كذلك الأجود ، وقد يؤيد الفرق ما صرحوا به من أنه لو وكله فى شراء عبد فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل صح ووقع للموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور لأن اللفظ شامل (قوله ولو قبضه جاهلا) أى بأنه ممن يعتق عليه (قوله أصحهما ثانيهما) خلافا لحج (قوله أوجههما المنع) أى منع وجوب القبول ، وعبارة حج : وفى نحو عمه وجهان لأن من الحكام من يعتقه عليه ، والذى يتجه أنه إذا كان هناك حاكم يرى عتقه عليه بمجرد دخوله فى ملكه لم يلزمه قبوله ، وهو خلاف ما يقتضيه إطلاق الشارح لأن الظاهر من قوله إن كان أنه موجود فى البلد بخلاف ما إذا لم يكن موجودا فيها وإن كان فى بلد آخر ، وقد يوجه بإطلاق الشارح بأنه ربما عرض التداعى عند غير قاضى البلد أو بغير ما قد يرى ذلك

(قوله نعم لو أضره قبوله) هذا لا يختص بالأجود وإن أوهمه سياقه ، بل هو جار فى أداء المسلم فيه مطلقا كما هو واضح (قوله أصحهما ثانيهما) أى ويعتق عليه

عليه ، ويجب تسليم نحو البرّ نقيا من تبن وزوان ، فإن كان فيه قليل من ذلك وكان قد أسلم كيلا جاز أو وزنا فلا ، وما أسلم فيه كيلا لا يجوز قبضه وزنا وعكسه ولا بكيل أو وزن غير ما وقع العقد عليه ولا يزلزل المكيال ولا يضع الكفّ على جوانبه بل يملؤه ويصب على رأسه بقدر ما يحمل ، ويجب تسليم التمر جافا والرطب غير مشدخ وهو البسر يعالج بالغمر حتى يتشدخ : أي يترطب وهو المسمى بالمعمول فى بلاد مصر ، ويقبل قول المسلم بيمينه فى لحم وهو ميتة كما قاله جمع متقدمون استصحابا لأصل الحرمة فى الحياة حتى يتيقن الحل بالذكاة الشرعية ، وظاهر أن محله إن سلم ما لم يقل المسلم إليه أنا ذبحته أخذا من قولهم لو وجدت شاة مذبوحة فقال ذمى ذبحتها حلت ، على أن قولهم لو وجد قطعة لحم فى إناء أو خرقة ببلد لا مجوس فيه أو والمسلمون فيه أغلب فطاهرة لأنه يغلب على الظن أنها ذبيحة مسلم يقتضى تصديق المسلم إليه مطلقا لتأييد دعواه بغلبة الظن المذكورة ، إلا أن يفرق بأن غلبة الظن بالنسبة للطهارة لم يعارضها أصل الحرمة فى الحياة ، وهو ظاهر إن سلم فى مثل ذلك أنه لا تلازم بين الطهارة وحل الأكل

فلا يجب قبوله دفعا للضرر ، على أنه قد يقال امتناعه من قبول من يعتق عليه ولو على قول فيه عذر (قوله وزوان) قال فى المختار : والزوان بالضم يخالط البرّ ، وقال الكرخى : هو حبّ أسود مدور وهو مثلث الزاى مع تخفيف الواو اهـ كذا بهامش ، وقول المختار بضم الزاى : أى والهمز لأنه ذكره فى زأن ، وعبارة المصباح : الزوان حب يخالط البر فيكسبه الرداءة ، وفيه لغات بضم الزاى مع الهمز وتركه فيكون وزان غراب وكسر الزاى مع الواو الواحدة زوانة وأهل الشأم يسمونه الشيلم (قوله أو وزنا فلا) ظاهره وإن قلّ جدا لأن أدنى شىء يظهر فى الوزن (قوله وعكسه) قال فى شرح الروض : فإن خالف لزمه الضمان لفساد القبض كما لو قبضه جزافا ولا ينفذ التصرف فيه كما مرّ فى البيع ، وكذا لو اكتاله بغير الكيل الذى وقع عليه العقد كأن باع صاعا فاكتاله بالمدّ على ما رجحه ابن الرفعة من وجهين اهـ سم على حج . وقوله لزمه الضمان : أى ضمان يد لا ضمان عقد ، ومحل ذلك إن تيسر رده فإن تعذر تصرف فيه من باب الظفر وهو المثل فى المثلى وقيمة يوم التلف إن تلف كالمستام (قوله ولا يزلزل المكيال) أى وإن اعتيد ذلك فى بعض الأنواع وكان المسلم فيه منه لأن ما يحويه المكيال مع الزلزلة لا ينضبط فلا التفات إلى اعتياده (قوله ويجب تسليم التمر جافا) قال حج : ما لم يتناه جفافه لأن ذلك عيب فيه (قوله والرطب غير مشدخ) قال فى شرح الروض : هو بضم الميم وفتح الشين المعجمة وتشديد الدال المهملة المفتوحة وبالخاء المعجمة التمر يعالج الخ ، ولو اختلفا فى كونه مشدخا أولا صدق المسلم إليه لأن الأصل عدم التشديخ أخذا مما بعده (قوله ويقبل قول المسلم) معتمد : أى ما لم يقل المسلم إليه أنا ذكيته كما يأتى (قوله ما لم يقل المسلم إليه أنا ذبحته) أى فإن قال ذلك أجبر الحاكم المسلم على قبوله ثم بعد ذلك انظر ماذا يفعله فيه هل يجوز له التصرف فيه بالبيع ونحوه عملا بحكم الحاكم وبالظاهر أو يعمل بظنه فلا يجوز له استعماله ولا التصرف فيه لأنه ميتة فى ظنه ؟ فيه نظر ، والظاهر الثانى (قوله أى أن قولهم الخ) تأييد للمنع المفهوم من قوله إن سلم (قوله وهو) أى الفرق (قوله إن سلم فى مثل ذلك) نقل سم فى حواشى شرح البهجة فى باب الاجتهاد عند قول المصنف واحكم على ما غلبت الخ عن الأسنوى أنا حيث قلنا بنجاستها حرم أكلها ، وإنما التردد فى أنها هل تنجس ما أصابته أولا ، واستوجه ثم عدم

(قوله يقتضى تصديق المسلم إليه مطلقا) أى فى بلد لا مجوس فيه أو والمسلمون فيه أغلب بقرينة ما قبله (قوله مطلقا) أى سواء أقال ذبحته أم لا (قوله أنه لا تلازم بين الطهارة وحل الأكل) قال الشهاب سم : وفيه نظر ، بل يلزم من طهارة اللحم حله ما لم يثبت سبب آخر لحرمته غير النجاسة فليتأمل اهـ

(ولو أحضره) أى المسلم فيه ومثله فيما يأتى جميعه كل دين مؤجل (قبل محله) بكسر الحاء أى وقت حلوله (فامتنع المسلم من قوله لغرض صحيح بأن) بمعنى كأن فإن المصنف يستعمل ذلك كثيرا (وكان حيوانا) يحتاج لمؤنة قبل المحل لها وقع كما فى المحرر : أى عرفا أو غيره واحتاج لها فى كراء محله أو حفظه أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل فيما يظهر (أو وقت غارة) الأفصح إغارة وإن وقع العقد وقتها فيما يظهر أو كان يريد أكله عند محله طريا (لم يجبر) على قبوله وإن كان للمؤدى غرض للضرر (وإلا) بأن لم يكن للمسلم غرض صحيح فى الامتناع (فإن كان للمؤدى غرض صحيح كفك رهن) أو براءة ضامن أو خوف انقطاع الجنس عند الحلول (أجبر) لأن امتناعه حينئذ تعنت (وكذا) يجبر إن أتى إليه به (لمجرد غرض البراءة فى الأظهر) أى براءة ذمة المسلم إليه أو لا لغرض أصلا كما اقتضاه كلام الروض وهو الأوجه لتعنته . والثانى لا يجبر للمنة . وأفهم اعتباره لغرض المؤدى عند عدم غرض المؤدى إليه أنه لو تعارض غرضاهما قدم الثانى ، ولو أصر على الامتناع بعد الإجبار أخذه الحاكم أمانة عنده له وبرئ المدين ، ولو كان المسلم غائبا فقياس ما ذكر أن يقبض له فى حال غيبته كما قاله الزركشى ، ولو أحضر المسلم فيه الحال فى مكان التسليم لغرض سوى البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر عليه أو على الإبراء لأن امتناعه وقد وجد

التنجيس مع القول بنجاسته ، ومفهوم قوله حيث قلنا الخ أنا إن قلنا بطهارته جاز أكله ، وهو موافق لما نظر به هنا فى حاشية حج ومؤيد لتصديق المسلم إليه مطلقا سواء قال ذكيته أم لم يقل وسواء كان فاسقا أم لا (قوله كل دين مؤجل) ويؤخذ من ذلك ما يقع كثيرا أن الرجل يعلق لزوجته على نفسه أنه متى فعل الشيء الفلانى وأبرأت ذمته من الشيء الفلانى من صداقها الذى عليه كانت طالقا أو أنه لو أحضر لها صداقها وكان مؤجلا وطلب منها قبوله لا تجبر على ذلك وهو كذلك كذا بخط الأصل : أى لأن لها غرضا فى الامتناع وهو بقاء التعليق إن كان حالا فإن كان غرضه غير البراءة أجبرت على القبول عينا أو هى أجبرت على القبول أو الإبراء رملى اهـ شيخنا الزيادى . ولو قبضته جاهلة فقياس ما تقدم فيما لو قبض أصله أو فرعه جاهلا الصحة ، وقد يفرق بينهما بأن صفة البعضية معنى قائم بذات المحضر ولا كذلك عدم تمكنها من البراءة عند وجود المعلق عليه فإنه أمر خارجى ، وأيضا فالجهل بعدم وجوب قبول الدين جهل بالحكم وهو غير عذر لنسبتها إلى تقصير فى الجملة (قوله بأن كان حيوانا) بقى ما لو اختلفا فى كونه المسلم فيه أو غيره فهل يصدق المسلم أو المسلم إليه ، وينبغى أن يأتى فيه ما تقدم فى المياه من المرجحات فإن لم يوجد مرجح وقت الأمر حتى يصطلحا على شيء (قوله أو كان يترقب الخ) يتأمل هذا فإن قضية التعبير بأو أنه لو كان غير حيوان ولم يحتج فى حفظه لمؤنة وتوقع زيادة سعره عند المحل لم يجب القبول ، وقد يتوقف فيه بأنه حيث لا ضرورة عليه يجبر على القبول ويدخره لوقت الحلول إن شاء فلا يفوت مقصوده فلعل أو بمعنى الواو ويصور ذلك بما إذا لحقه ضرر بغير ما ذكر كخوف تغير المسلم فيه إذا ادخر إلى الوقت الذى يترقبه مع كونه لم يحتج فى ادخاره إلى محل يحفظه فيه ولا مؤنة له (قوله أجبر) أى ويكفى الوضع بين يديه (قوله أو لا لغرض) فى تصور انتفاء الغرض للمسلم إليه نظر ، إذ أقل مراتبه حصول البراءة بقبض المسلم له اللهم إلا أن يقال : المراد أنه لم يقصد حصول البراءة وإن كانت حاصلة بقبول المسلم ، ولا يلزم من كون الشيء حاصلا كونه مقصودا (قوله أن يقبض) أى الحاكم (قوله الحال) أى أصالة أو بعد حلول الأجل (قوله سوى البراءة) كفك رهن أو ضمان (قوله أجبر عليه أو على الإبراء) ظاهره سواء كان الزمن زمن أمن أو خوف (قوله لأن امتناعه الخ) هذا ولم يبين

(قوله وأفهم اعتباره لغرض المؤدى) حق العبارة وأفهم تقديمه لغرض المؤدى إليه على غرض المؤدى أو نحو ذلك
(قوله ولو كان المسلم غائبا) هذا فى الدين الحال خلافا لما يوهمه سياقه

مكان التسليم وزمانه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء ، بخلاف المؤجل والحال المحضر فى غير محل التسليم ، ولا يختص الإجبار بما مر بل يجبر الدائن على قبول كل دين حال ، أو الإبراء عنه عند انتفاء غرضه وقد أحضره من هو عليه أو وارثه لا أجنبي عن حيّ بخلافه عن ميت لاتركة له فيما يظهر لمصلحة براءة ذمته ، وسيأتى أن الدين يجب بالطلب أداؤه فورا لكن يمهل المدين لما لا يخل بالفورية فى الشفعة أخذا من مثلهم مالم يخف هربه فبكفيل أو ملازم (ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل) بكسر الحاء (فى غير محل التسليم) بفتحها أى مكانه المتعين بالعقد أو الشرط فله الدعوى عليه بالمسلم فيه وإلزامه بالسفر معه لمحل التسليم ، أو يوكل ولا يحبس لأنه لو امتنع (لم يلزمه الأداء إن كان لنقله) من محل التسليم إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المسلم ليتضرر المسلم إليه بذلك ، بخلاف مالامؤنة لنقله كيسير نقد وماله مؤنة وتحملها المسلم لانتفاء الضرر حينئذ ، قال بعضهم : ولا نظر لكونه فى ذلك المحل أغلى منه

الفرق بين ما إذا كان للمسلم إليه غرض غير البراءة كفك رهن أو ضمان حيث أجبر فيه المسلم على القبول عينا وبين ما إذا كان غرضه مجرد البراءة حيث أجبر فيه على القبول أو الإبراء ؟ قال سم على منهج بعد مثل هذا التوقف : إلا أن يفرق بأنه لما لم يكن فى الشق الأول البراءة مقصودة بالذات اقتصر على الأصل من مطالبته بالقبول بخلافه فى الشق الثانى اهـ (قوله فى غير محل التسليم) قال حج : وقضية إطلاقهم هنا لأنه لافرق بين زمن الخوف وغيره ، ويخالفه اعتماد جمع متأخرين أنه لايلزمه القبول فى القرض إلا حيث لاخوف : أى وإن كان العقد فيه على الأوجه خلافا للأذرعى ، ويفرق بأن القرض محض معروف وإحسان ، وهو يقتضى عدم إضرار المقرض بوجه فلم يلزم بالقبول ولو فى محل القرض إلا حيث لاضرر عليه فيه ، وما هنا محض معاوضة ، وقضيتها لزوم قبضها المستحق فى محل تسليمها من غير نظر لإضرار المسلم أولا ، وإنما روعى غرضه فيما مر لأن ذاك القبض فيه غير مستحق بمقتضى المعاوضة لأن القرض أنه قبل الحلول أو فى غير محل التسليم فنظر فيه لإضرار القابض وعدمه فتأمله (قوله لا أجنبي عن حى) قد يفهم مقابلته للوارث أن المراد به ماعداه مع أن الوارث كالأجنبي فى مسئلة الحى اهـ سم على حج. وقد يقال : يفهم أن الوارث فى الحى كالأجنبي لأنه الآن لايسمى وارثا وإنما يسمى بعد موت المورث (قوله أن الدين يجب بالطلب) ومثله القرينة الدالة عليه دلالة قوية ، وقد يدل له قوله فى باب الغنيمة بعد قول المصنف فخمسه لأهل خمس الفىء الخ ، ويكره تأخيرها لدارنا بل يحرم إن طلبوا تعجيلها ولو بلسان الحال كما بحثه الأذرعى (قوله المتعين بالعقد) لايخفى أن الكلام فى السلم المؤجل بدليل قوله بعد المحل وفيما له مؤنة بدليل إن كان لنقله مؤنة ، وتقدم أن المؤجل الذى لنقله مؤنة لابد من بيان محل التسليم ، وإن صلح محل العقد فقوله أو العقد عليه مشكل ، إذ لايكون التعيين بالعقد فى ذلك إلا أن يجاب بأن المراد بالمؤنة هناك مؤنة النقل إلى محل العقد . والمراد بها هنا مؤنة النقل من محل التسليم إلى محل الظفر ، ويجوز أن يكون لنقله مؤنة إلى محل الظفر ولا يكون له مؤنة إلى محل العقد فيفرض ماهنا فى السلم المؤجل الذى ليس له مؤنة إلى محل العقد الصالح فإنه حينئذ لايجب بيان محل التسليم بل يتعين موضع العقد ، ثم إذا وجده فى غير محل التسليم فصل فيه بين أن يكون لنقله مؤنة أولا سم على حج (قوله ولا نظر لكونه الخ) أى فيجب على المسلم إليه تسليمه للمسلم وإن ارتفع سعره ، وقوله وهو ممنوع : أى فلا يجب على المسلم إليه أو نحوه أداؤه حيث ارتفع سعره وإن لم يكن لنقله مؤنة وحينئذ فالمانع من وجوب التسليم

(قوله ولم يتحملها المسلم) عبارة شرح الروض وغيره : أو كان : أى لحمله مؤنة ورضى به دونها ، وعبارة شرح البهجة الصغير : كما لو كان لنقله مؤنة ولم يقنع المسلم به بل طلبها .

بمحل السلم وهوممنوع مما يأتى فى القرض (ولا يطالب بقيمته) ولو (للحيلولة على الصحيح) لامتناع الاعتياض عنه كما مر لكن له الفسخ واسترداد رأس المال وإلا فبدله كما لو انقطع المسلم فيه والثانى يطالبه للحيلولة بينه وبين حقه (وإن امتنع) المسلم (من قبوله هناك) أى فى غير محل التسليم وقد أحضر ((لم يجبر) عليه (إن كان لنقله مؤنة) إلى محل التسليم ولم يتحملها المسلم إليه بمعنى تحصيله وتحمله الزيادة لا بمعنى دفع المؤنة للمسلم لأنه اعتياض (أو كان الموضع) أو الطريق (مخوفا) للضرر، فإن رضى بأخذه لم تجب له مؤنة النقل، بل لو بدلها لم يجز له قبولها لأنه كالاعتياض (وإلا) بأن لم يكن لنقله مؤنة ولا كان الموضع أو الطريق مخوفا (فالأصح إجباره) على قبوله لتحصل له براءة بذمة. والخلاف مبنى على القولين السابقين فى التعجيل قبل الحلول لغرض البراءة وقد مر تعليلهما. ولو اتفق كون رأس المال بصفة السلم فيه فأحضره وجب قبوله.

فصل فى القرض

وهو بفتح القاف أشهر من كسرها يطلق اسما بمعنى المقرض ومصدرا بمعنى الإقراض، ولشبهه بالسلم فى الضابط الآتى جعله ملحقا به فترجم له بفصل بل هو نوع منه إذ كل منهما يسمى سلفا (الإقراض) الذى هو تمليك الشىء برد بدله

إما كونه لنقله مؤنة أو ارتفاع سعره (قوله وهو ممنوع) هذا هو المعتمد (قوله ولو للحيلولة) الأولى إسقاط الغاية لأن القيمة إذا كانت للفيصولة لا يطالب بها قطعا لأنها استبدال حقيقى بخلاف ما إذا كانت للحيلولة لأنها تشبه الوثيقة (قوله وتحمله الزيادة) أى بأن تدفع الزيادة لمن يحمله إلى محل التسليم أو يلتزمها له (قوله لأنه اعتياض) أى دفع المؤنة للمسلم (قوله ليحصل له) أى المسلم إليه (قوله بصفة المسلم فيه) لا يقال: هذا مكرر مع قوله السابق ولو أسلم جارية صغيرة فى كبيرة صح الخ. لأنا نقول: هذا أعم ومثله لا يعد تكرارا.

(فصل) فى القرض

(قوله فى القرض) ولعله آثره على ما فى المتن لاشتهار التعبير به وليفيد أن له استعمالين (قوله بمعنى الإقراض) أى مجازا، والذى يفيده كلام المختار أنه إذا استعمل مصدرا كان بمعنى القطع وهو غير معنى الإقراض، فإن الإقراض تمليك الشىء على أن يرد بدله لكنه سمى به وبالقرض لكون المقرض اقتطع من ماله قطعة للمقترض (قوله إذ كل منهما يسمى سلفا) قد يقال: مجرد تسمية كل منهما بذلك لا يقتضى أنه نوع منه لتغاير مفهوميهما إذ السلم بيع موصوف فى الذمة والقبض تمليك الشىء على أن يرد بدله فكيف يكون نوعا منه مع تغاير حقيقتهما، نعم تسمية كل منهما بذلك تقتضى أن السلف مشترك بينهما اللهم إلا أن يقال أن المراد بجعله نوعا منه أنه ينزل منزلة النوع لا أنه نوع حقيقة وإنما نزل منزلة النوع لأن كلا منهما ثابت فى الذمة (قوله الذى هو تمليك الشىء) أى شرعا (قوله يرد بدله) عبارة المنهج: على أن يرد مثله، ولعل الشارح إنما عبر بالبدل ليتمشى على الراجح الآتى من أنه يرد المثل حقيقة فى المثلى وصورة فى المتقوم، وعلى المرجوح من أنه يرد المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوم

(فصل) فى القرض

(قوله فى القرض) إنما عبر به دون الإقراض لأن المذكور فى الفصل لا يختص بالإقراض بل أغلب أحكامه

(مندوب) إليه ولشهرة هذا حذفه ، وقد استغنى الشارح عن ذلك بقوله : أى مستحب . وهو من السنن المتأكدة للآيات الكثيرة والأخبار الشهيرة كخبر مسلم « من نفسى عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه » وصح خبر « من أقرض لله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به » وفى خبر فى سنده من ضعفه الأكثرون « أنه صلى الله عليه وسلم رأى ليلة أسرى بهمكتوبا على باب الجنة : إن درهم الصدقة بعشر والقرض بثمانية عشر » وأن جبريل علل له ذلك بأن القرض إنما يقع فى يد محتاج بخلاف الصدقة ، وروى البيهقى خبر « قرض الشىء خير من صدقته » ويمكن رد الخبر الثانى للأول بحمله على درجات صغيرة بحيث إن الثمانية عشر فيه تقابل بخمسة فى الصدقة كما فى خبر صلاة الجماعة ، أو بحمل الزيادة فى القرض إن صحت على أنه صلى الله عليه وسلم أعلمها بعد . أو يقال القرض فضل الصدقة باعتبار الابتداء لامتيازه عنها بصونه ماء وجه من لم يعتد السؤال عن بذله لكل أحد بخلافها ، وهى فضلته باعتبار الغاية لامتيازها عنه بأنه لامقابل فيها ولا بدل بخلافه ، وعند تقابل الخصوصيتين قد تترجح الأولى وقد تترجح الثانية باعتبار الأثر المرتب ، ووجه ذكر الثمانية عشر فى الخبر أن درهم القرض فيه تنفيس كربة وإنظار

(قوله مندوب) ظاهر إطلاقه أنه لافرق فى ذلك بين كون المقترض مسلما أو غيره وهو كذلك فإن فعل المعروف مع الناس لايختص بالمسلمين ، ويجب علينا الذبّ عن أهل الذمة منهم والصدقة عليهم جائزة وإطعام المضطرّ منهم واجب والتعبير بالأخ فى الحديث ليس للتقييد بل لمجرد الاستعطاف والشفقة (قوله ولشهرة هذا) أى قوله إليه ، قال حج : أو تضمينه لمستحبّ ، وقال سم على حج : أى أو صيرورته فى الاصطلاح اسما للمطلوب طلبا غير جازم اه سم على حج (قوله عن ذلك) أى إليه (قوله للآيات الكثيرة) أى المفيدة للثناء على القرض كآية ـ من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا ـ (قوله نفس الله عنه كربة) يجوز أن تلك الكربة عشر كرب من كرب الدنيا لأن أمور الآخرة لايقاس عليها فلا يقال : كان الأولى أن يقول عشر كرب من كرب يوم الخ لأن الحسنة بعشر أمثالها ، أو يقال نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة زيادة على ثواب عمله فذلك التنفيس كالمضاعفة (قوله لو تصدق) أى به (قوله علل له ذلك) أى بعد سؤاله صلى الله عليه وسلم عن سبب التفاضل بينهما (قوله فى يد محتاج) أى فى الغالب

الآتية فى الشىء المقرض ، فلو عبر بالإقراض لكانت الترجمة قاصرة وهذا أولى مما فى حاشية الشيخ (قوله أى مستحب) أى فهو من باب التضمين وهو غير مراد لكن الشارح هنا من ذكره للطرف المشار به إلى أنه من باب الحذف والإيصال وإن أوهم قوله وقد استغنى الشارح عن ذلك الخ خلافه (قوله ويمكن رد الخبر الثانى) يعنى خبر جبريل ، فمراده بالأوّل الأوّل من الأخبار الخاصة بالقرض وهو خبر من أقرض لله مرتين وخبر جبريل ثان له ، وأما خبر مسلم السابق فليس خاصا بالقرض ثم فى قوله ويمكن رد الخبر الثانى للأول دون أن نقول ويمكن رد الأوّل للثانى إشعار بأن الخبر الأوّل المردود إليه المقتضى لأفضلية الصدقة هو العمدة ، فيؤخذ من كلامه أن الصدقة أفضل من القرض كيف وحديثها صحيح دون غيره (قوله بحمله على درجات صغيرة الخ) لايخفى أن هذا الحمل لايتقبله لفظ الخبر مع ما فيه من المفاضلة بين القرض والصدقة كما يعلم بتأمله (قوله كما فى خبر صلاة الجماعة) يعنى مع خبر الصلاة بسواك كما تقدم أوائل صلاة الجماعة (قوله أو يحمل الزيادة فى القرض الخ) لايخفى أن هذا الحمل والذى بعده ليس فيهما رد الثانى للأول فلا يصح العطف فى كلامه وفى قوله أو يحمل الزيادة الخ تسليم

إلى قضاء حاجته ورده ففيه عبادتان فكان بمنزلة درهمين وهما بعشرين حسنة ، فالتضعيف ثمانية عشر وهو الباقى فقط لأن المقرض يسترد، ومن ثم لو أبرأ منه كان له عشرون ثواب الأصل والمضاعفة ، ومحل ندبه مالم يكن المقترض مضطرا وإلا كان واجبا ، وما لم يعلم أو يظن من آخذه أنه ينفقه فى معصية وإلا حرم عليهما أو فى مكروه كره ، ويحرم على غير مضطر الاقتراض إن لم يرج وفاءه من سبب ظاهر مالم يعلم المقرض بحاله ، ويحرم على من أخفى غناه وأظهر فاقته كما يأتى نظيره فى صدقة التطوّع ، ويؤخذ منه أن المقرض لو علم حقيقة أمره لم يقرضه ، ومن ثم لو علم المقترض أن مايقرضه لنحو صلاحه أو علمه وهو فى الباطن بخلاف ذلك حرم عليه الاقتراض أيضا كما هو ظاهر ، ولو أخفى الفاقة وأظهر الغنى حالته حرم أيضا لما فيه من التدليس والتغرير عكس الصدقة (وصيغته) الصريحة أشياء منها (أقرضتك أو أسلفتك) كذا أو هذا (أو خذه بمثله) ولو متقوّما إذ ذكر المثل فيه نص فى مقصود القرض لأن وضعه على رد المثل صورة ، وبه فارق جعلهم خذه بكذا كناية فى البيع ؛ وبه اندفع ما للغزى وغيره هنا ، واتضح أنه صريح كما هو ظاهر كلامهما لا كناية خلافا لجمع ، وأيضا فمما يدفع به ذلك أن ماكان صريحا فى بابه ووجد نفاذا فى موضوعه لايكون كناية فى غيره .

(قوله وهو) أى التضعيف (قوله ومن ثم الخ) أى من أن الأصل استرده وبقى التضعيف (قوله وإلا حرم عليهما) أى مع صحة القرض كبيع العنب لعاصر الخمر (قوله وإلا كان واجبا) أى على المقرض (قوله أو فى مكروه) ولم يذكر المباح ، ويمكن تصويره بما إذا دفع إلى غنىّ بسؤال من الدافع مع عدم احتياج الغنى إليه فيكون مباحا لامستحبا لأنه لم يشتمل على تنفيس كربة ، وقد يكون فى ذلك غرض للدافع كحفظ ماله بإحرازه فى ذمة المقترض (قوله كره) أى لهما أيضا (قوله ويحرم على غير مضطر) أى بخلاف المضطر يجوز اقتراضه وإن لم يرج الوفاء بل يجب وإن كان المقرض وليا كما يجب عليه بيع مال محجوره من المضطر المعسر بالنسبة اه سم على حج . وقوله أو كان المقرض وليا : أى حيث لم يوجد من يقرض المضطر إلا هو (قوله من سبب ظاهر) أى قريب الحصول كما يؤخذ مما يأتى فى صدقة التطوع (قوله مالم يعلم المقرض بحاله) أى فإن علم فلا حرمة ، وهل يكون مباحا أو مكروها ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الكراهة إن لم يكن ثم حاجة (قوله ويحرم) أى الاقتراض (قوله على من أخفى غناه) ينبغى مالم يعلم المقرض حاله اه سم (قوله كما هو ظاهر) هل يقول هنا حيث كان بحيث لو علم حاله باطنا لم يقرض أنه لايملك القرض كما سيأتى نظيره فى صدقة التطوع أو يملكه هنا مطلقا ، ويفرق بأن القرض معاوضة وهى لاتندفع بالغنى ؟ فيه نظر ، والثانى أقرب اه سم على حج . ويوجه بأنه يشبه شراء المعسر ممن لايعلم إعساره وبيع المعيب مع العلم بعيبه لمن يجهله والشراء بالثمن المعيب كذلك إلى غير ذلك من الصور (قوله حرم أيضا) ويملكه اه سم . (قوله أو أسلفتك) وقد ينظر فيه بأنه مشترك بين القرض والسلم إلا أن يقال إن المتبادر منه القرض لاسيما وذكر المتعلق فى السلم يخرج هذا اه حج . والمتعلق نحو قوله أسلفتك كذا فى كذا (قوله وبه فارق) أى بقوله إذ ذكر المثل الخ (قوله خلافا لجمع) منهم الشيخ فى شرح منهجه (قوله لايكون كناية فى غيره) يتأمل هذا فإن قضيته أن

أن القرض أفضل من الصدقة وهو خلاف ماتقدم (قوله ويؤخذ منه أن المقرض) كان مراده أنه يؤخذ من القياس على صدقة التطوّع أن محل الحرمة إن علم أن المقترض لو علم حقيقة حاله لم يقرضه فلتراجع نسخة صحيحة من الشرح (قوله وأيضا فمما يدفع به ذلك أن ماكان صريحا الخ) هذا لايظهر له تعلق بما قبله ، ولعل فيه سقطا من النساخ .

أما خذه بكذا فكناية هنا أيضا كما قاله السبكي وغيره (أو ملكتكه على أن ترد بدله) أو خذه ورد بدله أو اصرفه فى حوائجك ورد بدله وقوله خذه فقط كناية وقد سبقه أقرضنى وإلا فهو كناية هبة أو اقتصر على ملكتكه فهبة ولو اختلفا فى ذكر البدل صدق الآخذ بيمينه وإنما صدق مطعم مضطر أنه قرض حملا للناس على هذه المكرمة التى بها إحياء النفوس إذ لو أحوجناه للإشهاد لفاتت النفس، أو فى أن المأخوذ قرض أو غيره فسيأتى تفصيله آخر القراض ولو أقرّ بالقرض وقال لم أقبض صدق بيمينه كما قاله الماوردى لعدم المنافاة ، إذ القرض يطلق عليه اسم القرض قبل القبض وقال ابن الصباغ : إن قاله فورا (ويشترط) فى غير القرض الحكمى (قبوله فى الأصح) كسائر المعاوضات ، ولهذا

خذه بمثله صريح فى غير القرض فلا يكون كناية فيه وليس ذلك مرادا وعبارة حج : وبحث بعض هؤلاء أن خذه بمثله كناية بيع ورده بمثل ماذكر هنا وهى واضحة (قوله أما خذه بكذا) ينبغى تصويره بما إذا كان المسمى مثل المقرض كخذ هذا الدينار بدينار ، وعليه فيفرق بين معنى المثل ولفظه بما مر من أن ذكر المثل فيه نص الخ (قوله ورد بدله) فإن حذف ورد بدله فكناية كخذه فقط اه حج . وإنما يكون خذه كناية إذا سبقه أقرضنى كما يأتى فى كلام الشارح فمثله قوله اصرفه فى حوائجك (قوله وقوله خذه الخ) أى أو مايقوم مقامه كأن سبق منه الطلب ثم قال له الدافع هذا ماطلبت (قوله وإلا فهو كناية) أى وإن يسبقه أقرضنى (قوله كناية) هبة أو قرض أو بيع اه حج ، لكن قوله أو بيع مشكل بأن البيع لابد فيه من ذكر الثمن ، ولا تكفى نيته لامع الصريح ولا الكناية على ما اعتمده مر . وعبارة حج فى البيع بكذا لايشترط ذكره ، بل تكفى نيته على مافيه مما بينته فى شرح الإرشاد (قوله فهبة) ظاهره وإن نوى البدل ، وعبارة سم على منهج : فرع : أثبت مر فى شرحه على المنهاج أن ملكتكه إن لم ينو معه البدل فهبة وإن نواه فكناية قرض اه ، ولعلها كذلك فى النسخة التى وقعت له (قوله صدّق الآخذ بيمينه) ظاهره وإن كان باقيا ، وقال سم على منهج : والقول فى ذكره : أى البدل فيما لو اختلف فيه قول الآخذ بيمينه لأن الأصل عدم ذكره ، قال مر : محله إذ كان تالفا وإلا فالقول قول الدافع اه فليحرّر . أقول : والأقرب ظاهر إطلاق الشارح وحيث صدّق فى عدم ذكر البدل لم يكن هبة بل هو باق على ملك دافعه لأن خذه مجردة عن ذكر البدل كناية ولم توجد نية من الدافع فيجب رده لمالكه وليس للمالك مطالبته بالبدل (قوله لم أقبض صدّق بيمينه) معتمد زاد حج أو فى نيته صدّق الدافع وسواء قاله فورا أم لا (قوله وقال ابن الصباغ الخ) ضعيف (قوله قبوله فى الأصح) فلو لم يقبل لفظا ولم يحصل إيجاب معتبر من القرض لم يصح القرض ، ويحرم على الآخذ التصرف فيه لعدم ملكه له ، لكن إذا تصرف فيه ضمن بدله بالمثل أو القيمة لما يأتى من أن فاسد كل عقد كصحيحه فى الضمان وعدمه ، ولا يلزم من إعطاء الفاسد حكم الصحيح مشابهته له من كل وجه

فإن الشهاب حج ذكر بعد قول الشارح خلافا لجمع مالفظه وبحث بعض هؤلاء أن أخذه بمثله كناية بيع ثم رده ، فلعل مافى الشارح من قوله وأيضا الخ رد لما بحثه هذا البعض بعد الرد الذى فى كلام الشهاب حج ، ويدل لذلك تعبيره بقوله وأيضا ؛ ثم رأيت فى حواشى الشهاب سم على حج بعد الرد الذى ذكر مانصه : مما يؤيد رد هذا قاعدة ماكان صريحا فى بابه ، ولهذا رده شيخنا الشهاب مر واعتمد أنه صريح هنا ولا ينعقد به البيع مطلقا اه . وهو صريح فيما ترجيته فلتراجع نسخة صحيحة من الشرح (قوله فهو كناية) عبارة التحفه عقب قوله ورد بدله نصها : فإن حذف ورد بدله فكناية كخذه فقط الخ ، فلعل قوله فإن حذف الخ سقط من نسخ الشرح من

اشترط فيه شروط البيع المتقدمة فى العاقدين والصيغة كما هو ظاهر حتى موافقة القبول للإيجاب ، فلو قال أقرضتك ألفا فقبل خمسمائة أو بالعكس لم يصح ، وما اعترض به من وضوح الفرق بأن المقرض متبرع فلم يقدح فيه قبول بعض المسمى ولا الزيادة عليه رد بمنع إطلاق كونه متبرعا ، كيف ووضع القرض أنه تمليك الشىء برد مثله ، فساوى البيع إذ هو تمليك الشىء بثمنه ، فكما اشترط ثم الموافقة فكذا هنا ، وكون القرض فيه شائبة تبرع كما يأتى لاينافى ذلك لأن المعاوضة فيه هى المقصودة ، والقائل بأنه غير معاوضة هو مقابل الأصح ومن ثم قال جمع إن الإيجاب فيه غير شرط أيضا ، واختاره الأذرعى وقال : قياس جواز المعاطاة فى البيع جوازه هنا ، وما اعترض به الغزى من أنه سهو لأن شرط المعاطاة بذل العوض أو التزامه فى الذمة وهو مفقود هنا غير صحيح ، بل هو السهو لأنهم أجروا خلاف المعاطاة فى الرهن وغيره مما ليس فيه ذلك ، فما ذكره شرط للمعاطاة فى البيع دون غيره . أما القرض الحكمى فلا يشترط فيه صيغة كإطعام جائع وكسوة عار وإنفاق على لقيط ، ومنه أمر غيره بإعطاء ماله غرض فيه كإعطاء شاعر أو ظالم أو إطعام فقير وكبع هذا وأنفقه على نفسك بنية القرض ويصدق فيها وعمر دارى كما يأتى آخر الصلح وفيما ذكر إن كان المرجوع به مقدرا أو معينا يرجع بمثله ولو صورة كالقرض وكاشتر هذا بثوبك لى

(قوله والصيغة) المناسب لما فرعه عليه من قوله حتى موافقة القبول الخ أن يقرأ بالجر عطفا على العاقدين (قوله لاينافى ذلك) أى أنه مساو للبيع (قوله إن الإيجاب فيه) أى القرض (قوله أيضا) أى كما أنا لانشترط القبول على مقابل الأصح (قوله فى الرهن وغيره) ومنه القرض (قوله مما ليس فيه ذلك) أى بذل عوض أو التزامه (قوله أما القرض) محترز قوله فى غير القرض الحكمى (قوله فلا يشترط فيه صيغة) أى أصلا (قوله كإطعام جائع) محل عدم اشتراط الصيغة فى المضطر وصوله إلى حالة لايقدر معها على صيغة وإلا فيشترط ، ولا يكون إطعام الجائع وكسوة العارى ونحوهما قرضا إلا أن يكون المقترض غنيا ، وإلا بأن كان فقيرا والمقرض غنيا فهو صدقة لما تقرر فى باب السير أن كفاية الفقراء واجبة على الأغنياء ، وينبغى تصديق الآخذ فيما لو ادعى الفقر وأنكره الدافع لأن الأصل عدم لزوم ذمته شيئا (قوله ومنه) أى القرض الحكمى (قوله كإعطاء شاعر) أى حيث شرط الرجوع على ما يأتى فى قوله وحاصله الاحتياج الخ ، لأن هذا ليس لازما ولا منزلا منزلته ، ويحتمل أنه لايحتاج لشرط الرجوع فيما يدفعه للشاعر والظالم لأن الغرض من ذلك دفع هجو الشاعر له حيث لم يعطه ودفع شر الظالم عنه بالإعطاء وكلاهما منزل منزلة اللازم ، وكذا فى عمر دارى لأن العمارة وإن لم تكن لازمة لكنها تنزل منزلته لجريان العرف بعدم إهمال الشخص لملكه حتى يخرب ، وهذا الاحتمال هو الذى يظهر ثم إن عين له شيئا فذاك وإلا صدق الدافع فى القدر اللائق ولو صحبه آلة محرمة لأن الغرض منه كفاية شره لا إعانته على المعصية (قوله ويصدق) أى القائل وقوله فيها . أى النية (قوله وفيما ذكر) أى من صور القرض الحكمى (قوله إن كان المرجوع به مقدرا) أى ولو حكما كأن أذن له فى فدائه من الأسر بما يراه (قوله أو معينا) مفهومه أنه لو لم يكن معينا ولا مقدرا لايرجع ، والظاهر خلافه وأنه يرجع بما صرفه حيث كان لائقا ويصدق فى قدره فيرد مثله إن كان مثليا وصورته إن كان متقوما (قوله كاشتر هذا بثوبك لى) الصحة فيه قد تشكل بما مر من أول السلم من أن الشخص لايكون وكيلا عن غيره فى إزالة ملكه

الكتبة ويدل على هذا التشبيه بحذفه فقط (قوله بنية القرض ويصدق فيها) راجع إلى المسئلة قبله خاصة كما هو ظاهر : أى ولا يحتاج فيها إلى شرط الرجوع كما هو واضح ، وانظر ماوجه خروج هذه عن نظائرها المذكورة معها وغيرها حيث اشترط فى الرجوع فيها شرط الرجوع كما تقتضيه القاعدة الآتية (قوله إن كان المرجوع به) صوابه إن كان

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيرجع بقيمته، ويأتى فى أداء الدين تفصيل فيما يحتاج لشرط الرجوع وما لايحتاج . وحاصله الاحتياج إليه إلا فى اللازم له كالدين والمنزل منزلته كقول الأسير لغيره فادنى، ولو قال اقبض دينى وهو لك قرضا أو مبيعا صح قبضه للإذن لا قوله وهو إلى آخره . نعم له أجرة مثل تقاضيه أو اقبض وديعتى مثلا وتكون لك قرضا صح وكانت قرضا وقرض الأعمى واقتراضه كبيعه (و) يشترط (فى المقرض) بكسر الراء (أهلية التبرع) بأن يكون غير محجور عليه مختارا لأن القرض فيه شائبة تبرع ومن ثم امتنع تأجيله ولم يجب التقابض فيه وإن كان ربويا ، ولو كان معاوضة محضة لجاز للولى غير الحاكم قرض مال موليه من غير ضرورة واللازم باطل ، أما الحاكم فيجوز له من غير ضرورة لكثرة أشغاله خلافا للسبكى بشرط يسار المقترض وأمانته وعدم الشبهة فى ماله إن سلم منها مال المولى عليه والإشهاد عليه ويأخذ رهنا إن رأى ذلك ، وله أن يقرض من مال المفلس

ووجوب القيمة يخالف ما يأتى من أن الواجب فى بدل القرض المثل الصورى ؛ ومن ثم قال سم على حج : قوله واشتر هذا الخ يؤخذ من كونه قرضا أنه يرد مثل الثوب صورة ويدل عليه قوله آنفا بمثله صورة كالقرض (قوله فيرجع بقيمته) ويصدق فى قدرها لأنه غارم ولم يتعرض لما يرجع به (قوله الاحتياج إليه) أى لشرط الرجوع (قوله وهو لك) مبتدأ وخبر وقرضا حال (قوله وتكون لك قرضا صح) والفرق بين هذه وما قبلها أن الدين لايتعين إلا بقبضه بخلاف الوديعة (قوله واقتراضه كبيعه) أى فلا يصح فى المعين ويصح فى الذمة ويوكل من يقبض له أو يقبض عنه (قوله مختارا) فلا يصح إقراض مكره ومحله إذا كان بغير حق ، فلو أكره بحق وذلك بأن يجب عليه لنحو اضطرار صح (قوله ومن ثم امتنع تأجيله) أى القرض (قوله وإن كان ربويا) أى فيحرم عدم إقباضه فى المجلس ولا يشترط لصحته قبض بدله فى المجلس (قوله واللازم باطل) هو قوله لجاز للولى الخ (قوله أما الحاكم) محترز قوله لجاز للولى غير الحاكم الخ (قوله بشرط يسار المقترض) قال سم على منهج : وهذه الشروط معتبرة فى إقراض الولى ، ويرد عليه من أن الضرورة مالو كان المقترض مضطرا ، وقد تقدم عنه على حج أنه يجب على الولى إقراض المضطر من مال المولى عليه من انتفاء هذه الشروط ، ومن الضرورة مالو أشرف مال المولى عليه على الهلاك بنحو غرق وتعين خلاصه فى إقراضه : ويبعد اشتراط ما ذكر فى هذه الصورة فإن اشتراطه قد يؤدى إلى إهلاك المال والمالك لايريد إتلافه اهـ. فلعل محل الاشتراط إذا دعت حاجة إلى إقراض ماله ولم تصل إلى حد الضرورة ويكون التعبير بالضرورة عنها مجازا (قوله إن سلم منها مال المولى عليه) أى أو كان أقل شبهة (قوله إن رأى ذلك) عبارته فى أول كتاب الرهن بعد قول المصنف ولا يرتهن لهما إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة مانصه : وارتهان الولى فيما ذكر جائز إن كان قاضيا وإلا فواجب ، وعلى الأول يحمل قول الشيخين فى الحجر ويأخذ رهنا إن رآه ، وعلى الثانى يحمل قولهما هنا ومرتهن كذا قاله بعضهم ، والأوجه الوجوب مطلقا ، والتعبير بالجواز لاينافى الوجوب ، وقولهما

المدفوع أو المأذون فيه أو نحو ذلك ، وعبارة التحفة : وإذا رجع كان فى المقدر والمعين بمثله صورة كالقرض انتهت . وانظر ماحكم غير المقدر والمعين والظاهر أنه يرجع فيه ببدله الشرعى من مثل أو قيمة لأنه الأصل ، والرجوع بالمثل الصورى على غير قياس فإذا انتفى ثبت الأصل فليراجع (قوله كقول الأسير لغيره فادنى) خرج بذلك ما إذا لم يقل له ذلك : أى أو نحوه فلا رجوع . واعلم أن الشارح علل فى باب الضمان تنزيلهم فداء الأسير منزلة الواجب بأنهم اعتنوا فى وجوب السعى فى تحصيله مالم يعتنوا به فى غيره ، وفيه رد على من توهم إلحاق المحبوس ظلما بالأسير حتى لايحتاج فى الرجوع عليه إلى شرط الرجوع (قوله إن رأى ذلك) سيأتى فى الباب الآتى

إذا رضى الغرماء بتأخير القسمة إلى أن يجتمع المال كله كما نقل عن النص . وعلم مما تقرر أن شرط المقترض أهلية المعاملة فقط ، ومراد المصنف بأهلية التبرع فى المقرض التبرع المطلق فيما يقرضه إذ هو المراد فى حالة الإطلاق ، فلا يرد عليه صحة وصية السفيه وتدبيره وتبرعه بمنفعة بدنه الخفيفة ، ويدل لذلك أن الألف واللام أفادت العموم وإن زعم بعضهم ورود ذلك (ويجوز إقراض) كل (مايسلم فيه) أى فى نوعه لصحة ثبوته فى الذمة ، ولأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرا وقيس عليه غيره . وعلم أنه لايرد امتناع السلم فى المعين وجواز قرضه كالذى فى الذمة ، فلو قال أقرضتك ألفا وقبل وتفارقا ثم أعطاه ألفا جاز إن قرب الفصل عرفا وإلا فلا وإن نازع فيه السبكى ، أما لو قال أقرضتك هذه الألف مثلا وتفارقا ثم سلمها إليه لم يضر وإن طال الفصل، ويصح قرض كف من دراهم ليتبين قدرها بعد ويرد مثلها ولا أثر للجهل بها حالة العقد . وقضية الضابط جواز إقراض النقد المغشوش لأنه مثلى تجوز المعاملة به فى الذمة ، وهو ما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى واعتمده جمع متأخرون، ولو جهل قدر غشه خلافا للسبكى فى تقييده بذلك والرويانى فى منعه مطلقا فى الروضة هنا عن القاضى منع قرض المنفعة لامتناع السلم فيها وفيها كأصلها فى الإجارة جوازهما وجمع الأسنوى وغيره أخذا من كلامهما بحمل المنع على منفعة محل معين والحل على منفعة فى الذمة ، واعتمده الوالد رحمه الله تعالى

إن رأى إن اقتضى نظره أصل الفعل لا إن رأى الأخذ فقط اهـ . وماهنا لاينافيه لإمكان حمل قوله إن رأى ذلك على أصل القرض وهو لاينافى كون الرهن والإشهاد واجبين حيث رأى القرض مصلحة ، لكن عبارة حج إن رأى القاضى أخذه اهـ وهى لاتقبل هذا التأويل ، وقوله والأوجه الوجوب مطلقا : أى قاضيا أو غيره (قوله إذا رضى الغرماء) أى الكاملون فلا عبرة برضا أوليائهم (قوله أهلية المعاملة فقط) أى دون أهلية التبرع (قوله بمنفعة بدنه الخفيفة) أى التى لايحتاج إليها فى نفقة نفسه كأن كان غنيا كما يأتى له (قوله ويدل لذلك) أى لقوله ومراد المصنف الخ (قوله أن الألف) أى فى قوله التبرع (قوله وعلم أنه) أى من قوله لا فى نوعه (قوله جاز إن قرب) هذا القيد لايعلم من المفرع عليه (قوله هذه الألف) الأولى هذا لأن الألف مذكر ولكنه أنثه لتأويله بالدراهم (قوله ليتبين قدرها) أفهم أنه لو أقرضه لا بهذا القصد لم يصح ، قال سم على حج : عبارة شرح الروض : فلو أقرضه كفا من الدراهم لم يصح ، ولو أقرضه على أن يستبين مقداره ويرد مثله صح ، ذكره فى الأنوار اهـ . ويمكن تنزيل كلام الشارح عليه بأن تحمل اللام فى قوله ليتبين على معنى على (قوله ولا أثر للجهل بها حالة العقد) أى ويصدق فى قدرها لأنه الغارم حيث ادعى قدرا لائقا ، وإلا فيطالب بتعيين قدر لائق أو يحبس إلى البيان (قوله فى تقييده بذلك) الأولى بغير ذلك أو بما إذا علم ذلك (قوله جوازهما) أى السلم والقرض (قوله محل معين) أى عقار بخلافه من القن ونحوه لما مر من صحة السلم فى ذلك وعبارته عند قول المتن فى السلم ولا ينعقد بيعه ولو أسلم إليه ماذكر فى سكنى هذه سنة لم يصح بخلافه فى منفعة نفسه أو قنه أو دابته كما قاله الأسنوى

ترجيح وجوب الارتهان عليه مطلقا وتأويل ماهنا (قوله وعلم مما تقرر) لعل مراده أنه علم من اشتراط المصنف فى المقرض أهلية التبرع وسكوته على المقترض فأفهم أنه لايشترط فيه ذلك مع ماعلم من الخارج أن كل معامل لابد فيه من أهلية المعاملة وإلا فهو لم يقرر ما يعلم منه ماذكر (قوله ويدل لذلك أن الألف واللام أفادت العموم) وحينئذ فكان ينبغى أن يقول فيما سبق ومراد المصنف من أهلية القرض لكل تبرع إذ العام غير المطلق (قوله وعلم أنه لايرد امتناع السلم فى المعين) أى من قوله : أى فى نوعه (قوله بحمل المنع على منفعة محل معين) يعنى منفعة خصوص

فى فتاويه ، ولا يجوز إقراض ماء القناة للجهل به (إلا الجارية التى تحل للمقترض فى الأظهر) فلا يجوز إقراضها وإن لم تكن مشتهاة مع أنه لو جعل رأس المال جارية يحل للمسلم إليه وطؤها وكان المسلم فيه جارية أيضا جاز له أن يردها عن المسلم فيه لأن العقد لازم من الجانبين ، والثانى يجوز ذلك ، ورد بما سيأتى وامتناع قرضها لأنه قد يطؤها ثم يردها فتصير فى معنى إعارة الجوارى للوطء وهو ممتنع كما نقله مالك عن إجماع أهل المدينة ، وما نقل عن عطاء من جوازه رد بأنه مكذوب عليه ، ولا ينافيه جواز هبتها لفرعه مع جواز رجوعه فيها لجواز القرض من الجهتين ، ولأن موضوعه الرجوع ولو فى البدل فأشبه الإعارة بخلاف الهبة فيهما ، وخرج بتحل للمقترض من تحرم عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة وكذا ملاعنة ، ونحو مجوسية ووثنية خلافا للأذرعى لا نحو أخت زوجته

والبلقينى وغيرهما ، ووجهه أن منفعة العقار لا تثبت فى الذمة بخلاف غيرها كما يعلم مما يأتى فى الإجارة (قوله التى تحل للمقترض) أى ولو كان صغيرا جدا لأنه ربما تبقى عنده إلى بلوغه حدا يمكنه التمتع بها فيه (قوله أن يردها عن المسلم فيه) ويؤخذ الفرق بينهما مما يأتى فى الهبة لفرعه من جواز القرض من الجهتين (قوله لأنه قد يطؤها) أى أو يتمتع بها فيدخل الممسوح لإمكان تمتعه بها (قوله رد بأنه مكذوب عليه) قال حج : وليس فى محله فقد نقله عنه أئمة أجلاء . فالوجه الجواب بأنه شاذ بل كاد أن يخرق به الإجماع (قوله جواز هبتها) أى الجارية (قوله ونحو مجوسية) لو أسلمت نحو المجوسية بعد اقتراضها فهل يجوز وطؤها أو يمتنع لوجود المحذور وهو احتمال ردها بعد الوطء فيشبه إعارتها للوطء ؟ فيه نظر ، وقوله لا نحو أخت الخ قد يدخل فيه مالو تزوج امرأة ولم يدخل بها فلا يجوز له أن يقترض ابنتها وهو المتجه فى فتاوى السيوطى ، وقوله وقرض الخنثى حاصل المعتمد أنه يجوز كون الخنثى مقرضا بكسر الراء ومقترضا لعدم تحقق المانع ، ولا يجوز كونه مقرضا بفتح الراء لأنه يعز وجوده م ر اه سم على حج . وقوله وهو المتجه يوجه باحتمال أن يفارق أمها قبل الدخول ثم يطأ البنت ويردها وقوله فيه نظر . أقول : الأقرب الأول لحكمنا بصحة العقد وقت القرض وإسلامها لا يمنع من حصول الملك ابتداء واحتمال أن يردها لا نظر فيه مع ثبوت الملك ، ولكن نقل بالدرس عن حواشى شرح الروض لوالد الشارح خلافه

العقار كما نبه عليه الشهاب حج ، ولعله لم يكن فى النسخة التى كتب عليها الشهاب سم حتى كتب عليه مانصه : قوله وجمع الأسنوى أفتى بهذا الجمع شيخنا م ر . وأقول : فى هذا الجمع نظر لأن قرض المعين جائز فليجز قرض منفعة المعين حيث أمكن رد مثله الصورى ، بخلاف العقار ثم نقل عن شرح البهجة بعد نقله عنه جمع الأسنوى المذكور مانصه والأقرب ماجمع به السبكى والبلقينى وغيرهما من حمل المنع على منفعة العقار كما يمتنع السلم فيها ولأنه لا يمكن رد مثلها ، والجواز على منفعة غيره من عبد ونحوه كما يجوز السلم فيها ولإمكان رد مثلها الصورى اه مافى حواشى الشهاب سم ، وظاهر ماذكر أنه لايجوز إقراض منفعة العقار وإن كانت منفعة النصف فأقل ، لكن يؤخذ من التعليل بأنه لايمكن رد مثلها أنه يجوز حينئذ ، وإلا فما الفرق بين هذا وبين إقراض جزء شائع من دار بقيده الآتى فى كلام الشارح آنفا ، وقد علم من كلامهم أن ماجاز قرضه جاز قرض منفعته فليتأمل (قوله مع أنه لو جعل رأس المال جارية الخ) كان الأوفق بالسياق أن يقول مع أنه يصح السلم فيها وإن ترتب عليها المحظور الآتى بأن يجعل رأس المال جارية تحل للمسلم إليه وكان المسلم فيه جارية أيضا الخ (قوله وامتناع قرضها لأنه قد يطؤها ثم يردها الخ) سيأتى أنه جرى على الغالب وأن المحظور خوف التمتع مطلقا (قوله خلافا للأذرعى) لم يخالف فى ذلك كما يعلم بمراجعة كلامه فى قوته ، وأفاد الشارح فى حواشى شرح الروض أنه لو أسلمت نحو المجوسية لم يبطل العقد أنه يمتنع الوطء

لتعلق زوال مانعها باختياره كما بحثه الأسنوى وأشعر به كلام غيره. وقضية التعليل الفارق بين المجوسية ونحو أخت الزوجة أن المطلقة ثلاثا يحل قرضها لمطلقها . وبحث بعضهم عدم حلها لقرب زوال مانعها بالتحليل، ويحرم قرض رتقاء وقرناء ولو لنحو ممسوح لأن المحذور خوف التمتع وهو موجود ، وتعبير بعضهم بخوف الوطء جرى على الغالب ، وما بحثه الأذرعى من حل إقراضها لبعضه لأنه إن وطئها حرمت على المقرض وإلا فلا محذور بعيد ، إذ المحذور وهو وطؤها ثم ردها موجود ، وتحريمها على المقرض أمر آخر لايفيد نفيا ولا إثباتا ، وقرضها لخنثى جائز لبعد اتضاحه ، فلو اتضحت ذكورته بان بطلان القرض إذ العبرة فى العقود بما فى نفس الأمر ، ولو اقترض الرجل مشكلا لم يصح لامتناع السلم فيه ، والقول بحله لتعذر وطئه مادام خنثى خطأ كما قاله الزركشى (وما لايسلم فيه) أى فى نوعه (لايجوز إقراضه فى الأصح) لأن ماينضبط أو يعز وجوده يتعذر أو يتعسر رد مثله إذ الواجب فى المتقوم رد مثله صورة . والثانى يجوز كالبيع ، ويستثنى من ذلك جواز قرض الخبز والعجين ولو خميرا حامضا للحاجة والمسامحة وإن صحح البغوى فى التهذيب المنع ويرده وزنا على الراجح وقيل عددا ورجحه فى الكافى ، ومن فهم اشتراط الجمع بينهما فقد أبعد وجزء شائع من دار لم يزد على النصف كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى تبعا للسبكى

(قوله وقضية التعليل الخ) ولعل وجهه أنه لايستقل بردها إذ لابد من تزوجها بغيره وطلاقه لها أو موته وتزويج وليها بإذنها من الأول وذلك كله ليس فى وسعه ، وغاية مايمكنه قبول نكاحها من وليها إذا أوجب (قوله وبحث بعضهم) معتمد الزيادى وبه صرح حج فى التحفة وكتب عليه سم مر اه (قوله عدم حلها) أى عدم حل قرضها (قوله من حل إقراضها) أى الأمة (قوله إذ العبرة فى العقود الخ) ولا يشكل هذا على ماقدمنا من أن المجوسية إذا أسلمت فى يد المقترض لايتبين فساد القرض بل يحتمل جواز وطئها ، وعدم جوازه على مامر لأن المانع تبين وجوده هنا حال القرض ، بخلاف اقتراض المجوسية فإن إسلامها عارض بعد القرض ويغتفر فى الدوام مالا يغتفر فى الابتداء (قوله ولو اقترض الرجل) أى أو المرأة أخذا من العلة (قوله وما لايسلم فيه) ومنه المرتد فلا يجوز كونه مقرضا بفتح الراء ومنه أيضا البر المختلط بالشعير فلا يصح قرضه ، ومع ذلك لو خالف وفعل وجب على الآخذ رد مثل كل من البر والشعير خالصا وإذا اختلفا فى قدره صدق الآخذ .

[تنبيه] إطلاق المصنف يقتضى أنه لايجوز قرض الشاة ونتاجها ونحوه كالجارية وأختها وقد صرح به فى التتمة اه كلام الأذرعى فى غنيته . وعليه فقد يشكل بأن الواجب رد المثل الصورى والأخوة ونحوها ليست منه . فلو قيل بصحة القرض واكتفى فى الرد بجاريتين مثلا كالمقرضتين فى الصورة من غير اعتبار بأخوة لم يبعد، ويمكن الجواب بأن المثل الصورى شامل للمماثلة الحسية والحكمية ومنها الإخوة ونحوها واعتبارها فى رد المثل يؤدى إلى عزة الوجود (قوله لأن ما لاينضبط) ومن ذلك قرض الفضة المقاصيص فلا يصح قرضها لهذه العلة مطلقا وزنا أو غيره لتفاوتها فى نفسها كبرا وصغرا وإن وزنت ومع ذلك لو خالفا وفعلا واختلفا فى ذلك فالقول قول الآخذ أنها تساوى كذا من الدراهم الجيدة (قوله جواز قرض الخبز) أى بسائر أنواعه (قوله وقيل عددا) وعلى الأول لو رده عددا لم يصح قبضه لما مر فى السلم من أنه لايصح قبض ما أسلم فيه وزنا بالكيل ولا عكسه فيجب رده لدافعه إن بقى قيمته إن تلف ويسترد بدل ما أقرضه وزنا (قوله تبعا للسبكى) فقضية جعله من المستثنى أنه لايجوز

لأن له حينئذ مثلا ويظهر أخذا من العلة أن النصفين متساويان ، والأوجه عدم صحة قرض خميرة اللبن الحامض تلقى عليه ليروب وهي المسماة بالروبة لاختلاف حموضتها المقصودة ووهم من فهم اتحادها بخميرة الخبز وعلم من الضابط اشتراط كون المقرض معلوم القدر : أي ولو مآلا لئلا يرد مامر فى نحو كف الطعام ليرد مثله أو صورته ، ويجوز إقراض المكيل وزنا وعكسه إن لم يتجاف فى المكيال كالسلم (ويرد) حتما حيث لا استبدال (المثل فى المثلى) لأنه أقرب إلى حقه ولو فى نقد بطلت المعاملة به فشمل ذلك ماعمت به البلوى فى زمننا فى الديار المصرية من إقراض الفلوس الجدد ثم إبطالها وإخراج غيرها وإن لم تكن نقدا (و) يرد (فى المتقوم) ويأتى ضابطهما فى الغصب (المثل صورة) لخبر مسلم « أنه صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا ورد رباعيا وقال : إن خياركم أحسنكم قضاء » ومن لازم اعتبار المثل الصورى اعتبار مافيه من المعانى التى تزاد القيمة بها كحرفة الرقيق وفراهية الدابة كما قاله ابن النقيب ، فيرد مايجمع تلك الصفات كلها حتى لايفوت عليه شىء ، ويصدق المقترض فيها بيمينه لأنه غارم ، وما جرت به العادة فى زماننا من دفع النقوط فى الأفراح هل يكون هبة أو قرضا ؟

فيه السلم ولعل وجهه عزة الوجود (قوله أخذا من العلة) يتأمل هذا مع فرض الكلام فى الجزء الشائع ، ولعله احترز به عما لو تفاوتت أجزاؤها وكانت قسمتها تحتاج إلى رد أو تعديل (قوله والأوجه عدم الخ) ولعل وجهه ندرة الاحتياج إليها بالنسبة لخميرة الخبز (قوله وهى المسماة بالروبة) وهى بضم الراء (قوله فى نحو كف الطعام) لاينافيه مامر من التعبير بالدراهم لأن المقصود ثم التمثيل (قوله لا استبدال المثل) أى أما مع استبدال كأن عوضه عن بر فى ذمته ثوبا أو دراهم فلا يمتنع لما مر من جواز الاعتياض عن غير المثمن (قوله استسلف بكرا) هو الثنى من الإبل ورد رباعيا وهو مادخل فى السنة السابعة اهـ حج : والثنى هو ماله خمس سنين ودخل فى السادسة اهـ زيادى . وفى شرح مسلم للنووى : البكر من الإبل بفتح الباء وهو الصغير كالغلام من الآدميين ، والأنثى بكرة وقلوص وهى الصغيرة كالجارية ، فإذا استكمل ست سنين ودخل فى السابعة وألقى رباعيته بتخفيف الياء فهو رباع والأنثى رباعية وأعطاه رباعيا بتخفيفها ، وفيه « إن خياركم محاسنكم قضاء » قالوا معناه ذو المحاسن سماهم بالصفة ، وقيل هو جمع محسن بفتح الميم وأكثر مايجىء أحاسنكم جمع أحسن (قوله وفراهية الدابة) قال فى المختار : الفاره من الناس الحاذق ، والمليح الحسن ، ومن الدواب الجيد السير (قوله فيرد مايجمع تلك الصفات) أى فإن لم يتأت اعتبر مع الصورة مراعاة القيمة شيخنا الزيادى ، أى وعليه فلو لم يوجد عبد تبلغ قيمته قيمة العبد المقرض مع ملاحظة صفاته فهل يرد قيمة العبد المقرض دراهم لتعذر رد مثله أو يرد مثله صورة ويرد معه من المال مايبلغ به قيمة العبد المقرض ؟ فيه نظر ، والظاهر الأول للعلة المذكورة (قوله من دفع النقوط) أى لصاحب الفرح فى يده أو يد مأذونه . أما ماجرت العادة به من دفع النقوط للشاعر والمزين ونحوهما فلا رجوع به إلا إذا كان بإذن صاحب الفرح وشرط الرجوع عليه ، وليس من الإذن سكوته على الآخذ ولا وضعه الصينية المعروفة الآن بالأرض وأخذ النقوط وهو ساكت لأنه بتقدير تنزيل ماذكر منزلة الإذن ليس فيه تعرض للرجوع وتقرر أن القرض الحكمى

(قوله ويظهر أخذا من العلة أن النصفين متساويان) لايتأتى مع أن الصورة أن النصف شائع وهو لايكون إلا مساويا فلا فائدة لهذا القيد . (قوله وعلم من الضابط اشتراط كون المقرض معلوم القدر) يظهر أن محله فى غير القرض الحكمى كعمر دارى كما تشعر به أمثلتهم ، ويفهمه قول الشارح فيما مر فى القراض الحكمى وفيما ذكر إن كان المرجوع به مقدرا أو معينا يرجع بمثله الخ فليراجع (قوله لئلا يرد ما مر فى نحو كف طعام) الذى مر

أطلق الثانى جمع وجرى على الأول بعضهم. قال : ولا أثر للعرف فيه لاضطرابه مالم يقل خذه مثلا وينوى القرض ويصدق فى نية ذلك هو ووارثه وعلى هذا يحمل إطلاق من قال بالثانى اه وجمع بعضهم بينهما بحمل الأول على ما إذا لم يعتد الرجوع به ويختلف باختلاف الأشخاص والمقدار والبلاد، والثانى على ما اعتيد وحيث علم اختلافه تعين ماذكر (وقيل) يرد (القيمة) يوم القبض. واعلم أن أداء المقرض كأداء المسلم فيه فى سائر ما مر فيه صفة وزمناً ومحلا (و) لكن (لو ظفر المقرض (به) أى بالمقترض (فى غير محل الإقراض والنقل) من محله إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المقرض (طالبه

يشترط للزومه للمقترض إذنه فى الصرف مع شرط الرجوع فتنبه له فإنه دقيق . ومن ذلك أيضا ماجرت به العادة من مجىء بعض الجيران لبعض بقهوة وكعك مثلا . ومنه أيضا اجتماع الناس فى الحمامات والقهوى ودفع بعضهم عن بعض (قوله أطلق الثانى) أى قرضا (قوله تعين ماذكر) أى من الجمع وأنه يكون قرضا حيث جرت العادة برد مثله إن قال خذه ونوى القرض . قال حج : وأفتى بعضهم فى أخ أنفق على أخيه الرشيد وعياله سنين وهو ساكت ثم أراد الرجوع عليه بأنه يرجع أخذا من القول بالرجوع فى مسئلة النقوط وفيه نظر ، بل لا وجه له لعدم العادة بالرجوع فى ذلك وعدم الإذن من المنفق عليه . والمسائل التى صرحوا فيها بالرجوع إما لكونه أنفق بإذن الحاكم أومع الإشهاد للضرورة كما فى هرب الجمال ونحوها . وإما لظنه أن الإنفاق لازم له كما إذا أنفق على مطلقته الحامل فبان أن لاحمل أو نفى حمل الملاعنة ثم استلحقه فترجع بما أنفقته عليه لظنها الوجوب فلا تبرع ، ولو عجل حيوانا زكاة ثم رجع بسبب رجع عليه الآخذ بما أنفقه على الأوجه لإنفاقه بظن الوجوب لظنه أنه ملكه وكذا يقال فى لقطة تملكها ثم جاء مالكها . نعم لا أثر بظن وجوب فى مبيع اشتراه فاسدا فلا يرجع بما أنفق عليه اه ملخصا . وتوقف سم على حج فيما ذكر بأن كلا من المستحق والملتقط ملك ما أخذه ، ومن ثم يرده بدون زيادته المنفصلة فليراجع ، ثم أجاب بتصوير ذلك بما لو تبين فساد التعجيل والالتقاط . وعبارته بعد كلام ذكره : وإن كان الغرض فيهما أنه لم يملك كما يشعر به قوله لظنه أنه ملكه كأن يأخذ المعجلة غير مستحق أو بان خلل فى التعجيل فما ذكره من الرجوع قريب فليراجع (قوله وزمنا ومحلا) قضية تشبيهه بالسلم فى الزمان أنه إن أحضره فى محله لزمه القبول ، وإن أحضره قبل محله لايلزمه القبول إن كان له غرض فى الامتناع ، وهو مشكل بأن القرض لايدخله أجل ، بل إذا ذكر الأجل إما يلغو أو يفسد العقد . وأجيب بأن المراد من تشبيهه به فى الزمان ما ذكروه من أنه إذا أحضر المقرض فى زمن النهب لايجب عليه قبوله ، كما أن المسلم فيه إذا أحضره قبل محله لايلزمه القبول وإن

فى كف دراهم (قوله وجرى على الأول بعضهم) قال : ولا أثر للعرف فيه الخ ، هذا البعض هو الشهاب حج وعبارته فى تحفته الذى يتجه فى النقوط المعتاد أنه هبة ولا أثر للعرف فيه لاضطرابه مالم يقل خذه مثلا وينوى به القرض ويصدق فى نية ذلك هو ووارثه ، وعلى هذا يحمل إطلاق جمع أنه قرض أى حكما . ثم رأيت بعضهم لما نقل قول هؤلاء وقول البلقينى إنه هبة قال ويحمل الأول على ما إذا اعتيد الرجوع به والثانى على ما إذا لم يعتد . قال لاختلافه بأحوال الناس والبلاد . وحيث علم اختلافه تعين ماذكرته اه ما فى التحفة وبه تعلم ما فى كلام الشارح . واعلم أن الشهاب حج قيد محل الخلاف بما إذا كان صاحب الفرح يأخذ النقوط لنفسه : أى بخلاف ما إذا كان يأخذ بنحو الخاتن أو كان الدافع يدفعه له بنفسه فإنه لارجوع قطعا ، وسيأتى فى الشارح فى آخر كتاب الهبة ماحاصله أن ماجرت به العادة فى بعض البلاد من وضع طاسة بين يدى صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم ثم تقسم على المزين ونحوه أنه إن قصد المزين وحده أومع نظرائه المعاونين له عمل بالقصد وإن أطلق كان ملكا لصاحب

بقيمة بلد الإقراض) يوم المطالبة إذ الاعتياض عنه جائز، فعلم أنه لايطالبه بمثله إذا لم يتحمل مؤنة حمله لما فيه من الكلفة وأنه يطالبه بمثل ما لامؤنة لحمله وهو كذلك ، فالمانع من طلب المثل عند الشيخين وكثير مؤنة الحمل ، وعند جماعة منهم ابن الصباغ كون قيمة بلد المطالبة أكثر من قيمة بلد الإقراض وهذا مأخوذ من كلامهما هنا ، أما بقياس الأولى أو المساواة فلا مخالفة بينهما كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى ، لأن من نظر إلى المؤنة ينظر إلى القيمة بطريق الأولى لأن المدار على حصول الضرر وهو موجود فى الحالين . قال الأذرعى : وكلام الشافعى يشير إلى كل من العلتين . فإذا أقرضه طعاما أو نحوه بمصر ثم لقيه بمكة لم يلزمه دفعه إليه لأنه بمكة أغلى ، كذا نص عليه الشافعى بهذه العلة ، وبأن فى نقله إلى مكة ضررا ، فالظاهر أن كل واحدة منهما علة مستقلة ، وحيث أخذ القيمة فهى للفيصولة لا للحيلولة ، فلو اجتمعا ببلد الإقراض لم يكن للمقرض ردها وطلب المثل ولا للمقترض استردادها . أما إذا لم تكن له مؤنة أو تحملها المقرض فيطالبه به . نعم النقد اليسير الذى يعسر نقله أو تفاوتت قيمته بتفاوت البلاد كالذى لنقله مؤنة كما قاله الإمام . وما اعترض به قوله أو تفاوتت قيمته من أنه إنما يأتى على مامرّ عن ابن الصباغ بناه المعترض على عدم استقلال كل من العلتين وقد مرّ رده (ولايجوز) قرض نقد أو غيره إن اقترن (بشرط رد صحيح عن مكسر أو) رد (زيادة) على القدر المقرض أو رد جيد عن ردىء أو غير ذلك من كل شرط جرّ منفعة للمقرض كرده ببلد آخر أو رهنه بدين آخر ، فإن فعل فسد العقد لخبر فضالة بن عبيد رضى الله عنه «كل قرض جر منفعة» أى شرط فيه مايجرّ إلى المقرض منفعة «فهو ربا» وروى مرفوعا بسند ضعيف ، لكن صحح الإمام والغزالى رفعه ، وروى البيهقى معناه عن جمع من الصحابة . والمعنى فيه أن موضوع القرض الإرفاق ، فإذا شرط فيه لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته ، وشمل ذلك شرطا ينفع المقرض والمقترض فيبطل به العقد فيما يظهر ومنه القرض لمن يستأجر ملكه : أى مثلا بأكثر من قيمته لأجل القرض إن وقع ذلك شرطا إذ هو حينئذ

حضره فى زمن الأمن وجب قبوله ، فالمراد من التشبيه مجرد أن القرض قد يجب قبوله إذا أتى به للمقرض وقد لايجب ، كما أن المسلم فيه قد يجب قبوله وقد لايجب ، ثم رأيت فى سم على حج مايوافقه (قوله بقيمة بلد الإقراض الخ) وتعرف قيمته بها مع كونهما فى غيرها إما ببلوغ الأخبار أو باستصحاب ما علموه ببلد الإقراض قبل مفارقتها أو بعد بلوغ الخبر .

[فائدة] قال حج : ولو قال أقرضنى عشرة مثلا فقال خذها من فلان فإن كانت له تحت يده جاز وإلا فهو وكيل فى قبضها فلا بد من تجديد قرضها ، ويصرح به قول الشارح السابق ولو قال أقبضنى دينى وهو لك الخ (قوله الذى يعسر نقله) أى لخوف الطريق مثلا (قوله كرده ببلد آخر) ومنه ماجرت به العادة من قوله للمقترض أقرضتك هذا على أن تدفع بدله لوكيلى بمكة المشرفة (قوله فسد العقد) ومعلوم أن محل الفساد بحيث وقع الشرط فى صلب العقد . أما لو توافقا على ذلك ولم يقع شرط فى العقد فلا فساد (قوله إن وقع ذلك شرطا) أى فى صلب العقد

الفرج يعطيه لمن يشاء (قوله فعلم أنه لايطالبه بمثله إذا لم يتحمل مؤنة حمله الخ) شمل مإذا كان بمحل الظفر أقل قيمة كما إذا أقرضه طعاما بمكة ثم لقيه بمصر ، لكن فى شرح الأذرعى أنه ليس له فى هذه الصورة مطالبته بالقيمة بل لايلزمه إلا مثله (قوله أما إذا لم تكن له مؤنة) أى ولا كانت قيمته ببلد المطالبة أكثر ، وسيأتى فى قوله أو تفاوتت قيمته لتفاوت البلاد (قوله نعم النقد اليسير الذى يعسر نقله) لعله للخوف عليه أو نحو ذلك فليراجع (قوله أو تفاوتت قيمته بتفاوت البلاد) ومنه كما هو واضح مإذا أقرضه دنانير مثلا بمصر ثم لقيه بمكة وقيمة

حرام بالإجماع والإكره عندنا وحرم عند كثير من العلماء ، قاله السبكى (فلو رد) من اقترض لنفسه من ماله (هكذا) أى زائدا قدرا أو صفة (بلا شرط فحسن) ومن ثم ندب ذلك ولم يكره للمقرض الأخذ كقبول هديته ولو فى الربوى لخبر المار وفيه « إن خياركم أحسنكم قضاء » نعم الأولى كما قاله الماوردى تنزهه عنها قبل رد البدل ، ولو أقرض من عرف برد الزيادة قاصدا ذلك كره فى أوجه الوجهين قياسا على كراهة نكاح من عزم على أنه يطلق إذا وطئ من غير شرط ، وظاهر كلامهم ملك الزائد تبعا لأنه هبة مقبوضة ولا يحتاج فيه إلى إيجاب وقبول ، ويمتنع على الباذل رجوعه فى الزائد كما أفتى به ابن عجيل وهو ظاهر (ولو شرط) أن يرد (مكسرا عن صحيح أو أن يقرضه) شيئا آخر (غيره لغى الشرط) فيهما ولم يجب الوفاء به (والأصح أنه لا يفسد العقد) لأن ماجره من المنفعة ليس للمقرض بل للمقترض والعقد عقد إرفاق فكأنه زاد فى الإرفاق ووعده وعدا حسنا ، ولا يشكل هذا بما يأتى فى نظيره من الرهن حيث يفسده لقوة داعى القرض فإنه سنة ، ولأن وضعه جر المنفعة للمقترض فلم يفسد باشتراطها . والثانى يفسد لمنافاته مقتضى العقد (ولو شرط أجلا فهو كشرط مكسر عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض) صحيح أو له والمقترض غير ملىء فيلغو الأجل لامتناع التفاضل فيه كالربا ، ويصح العقد لأنه زاد فى الإرفاق بجره المنفعة للمقترض ، ولا اعتبار بجرها له فى الأخيرة لأن المقترض لما كان معسرا كان الجر إليه أقوى فغلب . ويسن الوفاء باشتراط الأجل كما فى تأجيل الدين الحال . قال ابن الرفعة : وغير الأجل مما ذكر فى معناه ولا تمتنع المطالبة بالحال مع اليسار إلا بالوصية والنذر على مافيه مما يأتى فى بابه فبأحدهما تتأخر المطالبة به مع حلوله (وإن كان) للمقرض غرض (كزمن نهب) والمقترض ملىء بالمقرض أو بدله فيما يظهر (فكشرط رد (صحيح عن مكسر) فيفسد العقد (فى الأصح) لأن فيه جر منفعة للمقرض والثانى يصح ويلغو الشرط (وله) أى المقرض(شرط رهن وكفيل) عينا على قياس مامر فى البيع وإقرار به عند حاكم وإشهاد عليه لأن هذه الأمور توثيقات لا منافع زائدة ، فله إذا لم يوف بها المقترض الفسخ وإن كان له الرجوع بغير شرط كما سيأتى ، على أن فى التوثق بها مع إفادته أمن الجحد فى بعض وسهولة الاستيفاء فى آخر صون العرض ، فإن الحياء والمروءة يمنعانه

(قوله تنزهه عنها) أى قبول الهدية (قوله ملك الزائد تبعا) أى وإن كان متميزا عن مثل المقرض كأن اقترض دراهم فردها ومعها نحو سمن ويصدق الآخذ فى كون ذلك هدية لأن الظاهر معه إذ لو أراد الدافع أنه إنما أتى به ليأخذ بداله لذكره . ومعلوم مما صورنا به أنه رد المقرض والزيادة معا ثم ادعى أن الزيادة ليست هدية فيصدق الآخذ . أما لو دفع إلى المقرض سمنا أو نحوه مع كون الدين باقيا فى ذمته وادعى أنه من الدين لا هدية فإنه يصدق الدافع فى ذلك (قوله رجوعه فى الزائد) أى لدخوله فى ملك الآخذ بمجرد الدفع (قوله فى نظيره من الرهن) أى من أنه لو شرط فيه شرطا يجر منفعة للمرتهن فسد ، وما ذكر من شرط رد المكسر عن الصحيح يجر نفعا للمقترض وقلنا فيه بصحة العقد وإلغاء الشرط (قوله مما ذكر فى معناه) أى من أنه يسن الوفاء به (قوله بالحال) أى ولو قصر الزمن جدا (قوله إلا بالوصية) أى بأن أوصى أن لا يطالب مدينه إلا بعد مدة (قوله والنذر) أى كأن نذر أن لا يطالبه أصلا أو إلا بعد مدة كذا فيمتنع عليه المطالبة بنفسه وله التوكيل فى ذلك (قوله صون العرض)

الذهب فيها أكثر كما هو الواقع فليس له المطالبة بالمثل وإنما يطالب بالقيمة (قوله والأصح أنه لا يفسد العقد) ظاهره وإن كان للمقرض فيه منفعة ، وقضية قول الشارح لأن ماجره المنفعة ليس للمقرض بل للمقترض أن محل عدم الفساد إذا لم يكن للمقرض منفعة وهو نظير ماسيأتى فى الأصل فليراجع (قوله والمقترض ملىء بالمقرض) أى فى الوقت الذى

من الرجوع بلا سبب ، بخلاف ما إذا وجد فإن المقترض إذا امتنع من الوفاء بشيء من ذلك كان المقرض معذورا في الرجوع غير ملوم . قال ابن العماد : ومن فوائده أن المقترض لايحل له التصرف فى العين التى اقترضها قبل الوفاء بالشرط وإن قلنا يملك بالقبض كما لايجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل دفع الثمن إلا برضا البائع والمقرض ههنا لم يبح له التصرف إلا بشرط صحيح ، وأن فى صحة هذا الشرط حثا للناس على فعل القرض وتحصيل أنواع البرّ وغير ذلك (ويملك القرض) أى المقرض (بالقبض) كالهبة إذ لولا ذلك لامتنع عليه التصرف فيه فيعتق عليه لو كان نحو أصله ويلزمه نفقة الحيوان (وفى قول بالتصرف) المزيل للملك رعاية لحق المقرض لأن له الرجوع فيه مابقى فبالتصرف يتبين حصول ملكه بالقبض (وله) بناء على الأول (الرجوع فى عينه مادام باقيا) فى ملك المقترض (بحاله) بأن لم يتعلق به حق لازم (فى الأصح) وإن كان مؤجرا أو معلقا عتقه بصفة أو مدبرا لأن له تغريم بدله عند الفوات فالمطالبة بعينه أولى . والثانى لا بل للمقترض أن يؤدى حقه من موضع آخر كسائر الديون . أما إذا تعلق به حق لازم كأن وجده مرهونا أو مكاتبا أو متعلقا برقبته أرش جناية فلا رجوع ، ولو زال ملكه ثم عاد رجع فى أوجه الوجهين وكما هو قياس أكثر نظائره ، وبه جزم العمرانى وهو ظاهر كلام ابن المقرى فى روضه ، وللمقترض رده عليه قهرا ، ولو وجده زائدا واتصلت أخذه بها وإلا فبدونها أو ناقصا ، فإن شاء أخذه مع أرشه ومثله

أى عرض المقرض (قوله لايحل له التصرف) أى ولا ينفذ تصرفه (قوله إذ لولا ذلك) أى الملك (قوله المزيل للملك)قضيته على هذا القول أن مالا يزيله كالإجارة والرهن وغيرهما لا يملكه به (قوله وله) أى يجوز له الخ .

[فرع] فى شرح الروض : ولو قال لغيره ادفع مائة قرضا علىّ إلى وكيلى فلان فدفع ثم مات الآمر فليس للدافع مطالبة الآخذ لأن الآخذ لم يأخذ لنفسه وإنما هو وكيل عن الآمر وقد انتهت وكالته بموت الآمر وليس للآخذ الرد عليه ، ولو ردّ ضمن للورثة وحق الدافع يتعلق بتركة الميت عموما لا بما وقع خصوصا لأنه لايتعين حقه فيه بل له أن يأخذ مثله من التركة وإلا فله أن يأخذ مادفع بعينه أخذا من قولهم له الرجوع فى عينه مادام باقيا بحاله ، بل يؤخذ من ذلك أن له أن يأخذه من الوكيل بعد رجوعه إذا كان فى يده ولا شيء على الوكيل فى دفعه له فليتأمل اه سم على حج . ولو دفع شخص لآخر دراهم وقال ادفعها لزيد فادعى الآخذ دفعها لزيد فأنكر صدق فيما ادعاه لأن الأصل عدم القبض (قوله فلا رجوع) أى لايصح (قوله رجع) أى المقرض (قوله واتصلت) أى الزيادة (قوله أخذه بها) ظاهره وإن طلب المقترض رد البدل وهو محتمل إن لم يخرج المقرض بالزيادة عن كونه مثل المقرض صورة ، فلو أقرضه عجلة صورة فكبرت ثم طلبها المقرض لم يجب (قوله وإلا فبدونها) ومن ذلك مالو أقرضه دابة حائلا وولدت عنده فيردها بعد وضعها بدون ولدها المنفصل . أما إقراض الدابة الحامل فلا يصح لأن القرض كالسلم والحمل لايصح السلم فيها (قوله أو ناقصا) شمل مالو كان النقص بعض صفة أو عين ، وقياس ماتقدم

عينه ، وإلا فلو أريد أنه ملىء به عند العقد لم يتصوّر إعساره به حينئذ (قوله فبالتصرف يتبين حصول ملكه الخ) هذا أحد قولين مترتبين على القول بأنه إنما يملك بالتصرف والثانى أنه يتبين بالتصرف الملك قبله وهو الذى اقتصر عليه الجلال فى شرحه . وعبارة الأذرعى : وإذا قلنا بالثانى فمعناه أنه يتبين الملك قبل التصرف ، وقيل يتبين بالتصرف أنه ملكه فى وقت القبض انتهت. لكن فى تعبير الشارح بالفاء فى قوله فبالتصرف حزازة .

سليا قاله الماوردى ، ويصدق فى أنه قبضه بهذا النقص كما أفتى به بعضهم ، ويؤيده أن الأصل براءة ذمته ، وما سيأتى فى الغصب أن الغاصب لو رد المغصوب ناقصا وقال قبضته هكذا صدق بيمينه فسقط بذلك القول بأنه يعارضه أن الأصل السلامة وأن الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن ، وهذان خاصان فليقدما على الأول العام إذ ذلك اشتباه حصل من صورة ذكرت فى الغصب غير هذه الصورة فليتأمل ، وإذا رجع فيه مؤجرا تخير بين الصبر لانقضاء المدة من غير أجرة له وبين أخذ بدله ، وأفتى بعضهم فى جذع أقرضه وبنى عليه وحب بذره أنه كالهالك فيتعين بدله . نعم إن حجر على المقترض بفلس أتى فيه ما يأتى فيما اشتراه آخر الفلس .

كتاب الرهن

هو لغة: الثبوت ، ومنه الحالة الراهنة : أى الثابتة أو الحبس ، ومنه خبر « نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه دينه » أى محبوسة عن مقامها الكريم ولو فى البرزخ إن عصى بالدين أو مالم يخلف وفاء .

فى السلم أنه إذا وجد الثمن ناقصا نقص صفة أخذه بلا أرش أنه هنا كذلك لكن ظاهر كلامهم يخالفه (قوله ويصدق فى أنه قبضه بهذا النقص) ومنه مالو أقرضه فضة ثم ادعى المقترض أنها مقاصيص والمقرض أنها جيدة فيرد المقترض مثلها ، وينبغى أن يعتبر ذلك بالوزن الذى يذكره المقترض لأن القص يتفاوت فيصدق فى ذلك وإذا لم تجر العادة فيما بينهم بوزنها وطريقه فى تقدير الوزن الذى يرد به إما اختبارها قبل التصرف فيها أو تخمينها بما يغلب على ظنه أنه زنتها ، وما ذكر من تصديق المقترض لايستلزم صحة إقراضها لأن القرض صحيحا كان أو فاسدا يقتضى الضمان ، والأقرب عدم صحة إقراضها مطلقا وزنا أو عدا (قوله ويؤيده) أى تصديق المقترض (قوله وهذان) هما قوله فسقط بذلك القول الخ ، وقوله وأن الأصل فى كل حادث الخ (قوله تخير بين الصبر الخ) ظاهره أنه لو أراد أن يأخذه مسلوب المنفعة لايمكن منه وهو غير مراد فله أن يرجع فيه الآن ويأخذه مسلوب المنفعة ، وعليه فيتخير بين الصبر إلى فراغ المدة وبين أخذه مسلوب المنفعة حالا وبين أخذ البدل أى وينتفع به المستأجر إلى فراغ المدة .

كتاب الرهن

(قوله الثابتة) أى الموجودة الآن (قوله أو الحبس) بمعنى أنه يطلق على كل منهما لغة ، وكان الأولى له أن يعبر بالواو لأنه ليس المقصود أحد الأمرين لابعينه (قوله بدينه) أى سواء كان لآدمى أو لله تعالى (قوله ولو فى البرزخ) وهو المدة التى بين الموت والبعث : قال فى المختار : البرزخ الحاجز بين الشيئين ، وهو أيضا مابين الدنيا والآخرة من وقت الموت إلى البعث ، فمن مات فقد دخل البرزخ (قوله إن عصى بالدين) ظاهره وإن صرفه فى مباح وتاب بعد ذلك ، وقياس ما يأتى فى قسم الصدقات أن من عصى بالاستدانة وصرفه فى مباح أعطى من الزكاة أن هذا كمن لم يعص (قوله أو مالم يخلف وفاء) فيه قولان ، ولم يبين الراجح منهما ، وفى حج مايفيد أن الراجح عدم الفرق بين من خلف وفاء وغيره وبين من عصى بالدين وغيره ، وظاهر إطلاقه كالشارح أنه لافرق

كتاب الرهن

أما من لم يقصر بأن مات وهو معسر وفى عزمه الوفاء متى تمكن فلا تحبس نفسه ، ومحل ذلك فى غير الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم لما فى الصحيحين «أنه صلى الله عليه وسلم رهن درعه عند يهودي يقال له أبو الشحم على ثلاثين صاعا لأهله» إذ الأصح أنه مات ولم يفكه. وشرعا : جعل عين مال متموّلة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه وأصله قبل الإجماع آية ـ فرهن مقبوضة ـ أى فارهنوا واقبضوا لأنه مصدر : أى مفرده جعل جزاء للشرط بالفاء فجرى مجرى الأمر كقوله ـ فتحرير رقبة ـ فضرب الرقاب ـ والوثائق بالحقوق ثلاثة : شهادة ورهن وضمان فالأوّل لخوف الجحد ، والآخران لخوف الإفلاس . وأركانه : عاقد ومرهون ومرهون به وصيغة وبدأ بها لأهميتها . فقال (لا يصح) الرهن (إلا بإيجاب وقبول) أو استيجاب وإيجاب كنظيره المارّ فى البيع لأنه عقد مالى فافتقر

بين موته فجأة وبين كونه بمرض ، ولعل وجه حبس روحه حيث خلف ما يفى بالدين أنه كان يمكنه التوفية قبل وفاته فهو منسوب إلى تقصير فى الجملة ، فلا يرد أنه قد يكون مؤجلا والمؤجل إنما يجب وفاؤه بعد الحلول (قوله أما من لم يقصر) لم يتقدم فى كلامه ما يصلح لكون هذا مفهوما له فلعله احترز عنه بمقدر فى كلامه مثل إن قصر ، ثم رأيت الخطيب صرح بهذا القيد حيث قال : أو مالم يخلف وفاء : أى وقصر (قوله وهو معسر) أى ولم يتمكن من الوفاء قبل الإعسار (قوله ومحل ذلك) أى حبس الروح عن مقامها (قوله فى غير الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم) وينبغى أن مثلهم غير المكلفين كأن لزمه دين بسبب إتلافهم (قوله رهن درعه عند يهودى) وآثره ليسلم من نوع منة أو تكلف مياسير الصحابة بإبرائه أو عدم أخذ الرهن منه (قوله صاعا) أى من شعير منهج وحج (قوله على ثلاثين) أى ثمن ثلاثين ، ويحتمل أنه عليها أنفسها لا قراضها منه ؛ ونقل بالدرس عن فتح البارى الجزم بالأول فراجعه (قوله إذ الأصح أنه مات ولم يفكه) هذا لا يلاقى ما قدمه من أن من خلف وفاء ولم يعص بالاستدانة لا تحبس روحه . وأما من سوى كحج فالتقييد عليه ظاهر ، وكتب عليه أيضا (قوله ولم يفكه) أى ولو كانت روحه صلى الله عليه وسلم تحبس لافتكه قبل وفاته (قوله جعل عين مال) خرج به الاختصاصات وقوله متموّلة خرج به نحو القمحة والقمحتين (قوله لأنه) أى الرهن (قوله فجرى مجرى الأمر) فيه أن وصفه بمقبوضة يمنع من حمله على المصدر ، إذ الذى يتعلق به القبض إنما هو العين دون الحدث اهـ سم على حج إلا أن يقال : إن وصفها بالقبض من الإسناد المجازى والأصل مقبوض ما تعلقت به من الأعيان ، أو أن استعماله بمعنى العين مجاز عن المصدر فروعى أصله (قوله فتحرير رقبة) أى فإن المراد منه فليحرر رقبة (قوله فضرب الرقاب) أى فاضربوا منهم الرقاب (قوله بالحقوق) أى بجنس الحقوق أو بمجموع الحقوق ، إذ منها ما يدخله الثلاثة كالبيع ، ومنها ما يدخله الشهادة فقط وهو المساقاة ونجوم الكتابة ، ومنها ما تدخله الشهادة والكفالة دون الرهن وهو الجعالة قبل الفراغ من العمل ؛ ومنها ما تدخله الكفالة فقط كضمان الدرك (قوله ومرهون) إنما لم يقل بدل مرهون ومرهون به معقود عليه كما فعل فى البيع ونحوه لأن الشروط المعتبرة فى أحدهما غير المعتبرة فى الآخر فكان التفصيل أولى لمطابقته لما بعد من قوله وشرط الرهن كونه عينا (قوله وإيجاب) أى أو استقبال وقبول ، وإنما لم يذكره الشارح لعدم ذكر المصنف له فيما مر فى البيع فاقتصر هنا على خصوص ما ذكره هناك لأنه معلوم مما سبق (قوله كنظيره) يفيد أنه لو قال رهنتك هذين فقبل أحدهما لم يصح العقد نظير ما مر فى القرض ، وقد يفرق بأن هذا تبرع محض فلا يضر فيه عدم موافقة القبول للإيجاب كالهبة ، وقد يؤيد الفرق ما تقدم للشارح فيما لو أقرضه ألفا فقبل خمسمائة حيث علل عدم الصحة فيه بمشابهته للبيع بأخذ العوض وما هنا لا عوض فيه فكان بالهبة أشبه ، وأيضا فالرهن جائز

إليهما مثله ، ومن ثم جرى خلاف المعاطاة . ويؤخذ من هذا اشتراط مخاطبة من وقع معه العقد نظير مامر فى البيع وما بحثه بعضهم من صحة رهنت موكلك . وفرّق بأن أحكام البيع تتعلق بالوكيل دون أحكام الرهن بعيد يرده ظاهر كلامهم وقد أفتى بخلافه الوالد رحمه الله تعالى ، ولو قال دفعت إليك هذا وثيقة بحقك علىّ فقال قبلت أو بعتك هذا بكذا على أن ترهننى دارك بكذا فقال اشتريت ورهنت كان رهنا (فإن شرط فيه مقتضاه كتقدم المرتهن به) أى المرهون عند تزاحم الغرماء (أو شرط فيه مصلحة للعقد كالإشهاد) به (أو) شرط فيه (مالا غرض فيه) كأن لا يأكل إلا كذا (صح العقد) كالبيع ولغا الشرط الأخير (وإن شرط مايضر المرتهن) وينفع الراهن كأن لا يباع عند المحل أو إلا بأكثر من ثمن المثل (بطل) الشرط و (الرهن) لمنافاته لمقصوده (وإن نفع) الشرط (المرتهن وضر الراهن كشرط منفعته) من غير تقييد (للمرتهن بطل الشرط وكذا الرهن فى الأظهر) لمخالفته لمقتضى العقد كالشرط المضر بالمرتهن . والثانى لا يبطل بل يلغو الشرط ويصح لأنه تبرع فلم يؤثر فيه كما لو أقرضه الصحاح بشرط رد المكسرة والخلاف فى رهن التبرع وكذا فى الرهن المشروط فى بيع فى الأظهر وكون ماتقرر من البطلان هنا تبرعا فهو نظير مامر آخر القرض لانظر إليه لما مر آنفا من الفرق بينهما . نعم لو قيدها بسنة مثلا وكان الرهن

من جهة المرتهن ، وقياسه أيضا أنه لو قال رهنتك هذا بألف فقبل بخمسمائة الصحة (قوله اشتراط مخاطبة) أى وإسناده إلى جملة المخاطب ، فلو قال رهنت رأسك مثلا لم يصح لأن القاعدة كل ماصح تعليقه كالعتق والطلاق جاز إسناده إلى الجزء ، وما لايصح تعليقه كالبيع والرهن والافتداء لايصح إسناده إلى الجزء ، إلا الكفالة فإنها تصح إذا أسندت إلى جزء لايعيش بدونه كرأسه وقلبه مثلا ولا يصح تعليقها (قوله وقد أفتى بخلافه) أى بخلاف مابحثه البعض (قوله أو بعتك) كان الغرض من ذكر هذه المسئلة التنبيه على أنه لايحتاج إلى قبول بعد قوله رهنت ، وإلا فالصحة معلومة من صحة البيع بشرط الرهن كما مر فى المناهى ، وسيأتى له ذكر هذه أيضا مع الإشارة إلى ماذكر من الاعتذار عند قول المصنف فقال اشتريت ورهنت صح (قوله فإن شرط فيه مقتضاه) المقتضى والمصلحة متباينان ، وذلك لأن المقتضى عبارة عما يلزم العقد ولهذا ثبت فى العقد وإن لم يشرطه ، وأما المصلحة فلا يلزم فيها ماذكر كالإشهاد فإنه من مصالحه بل مستحب فيه ، وبما تقرر علم أن المصنف أراد بالمصلحة ماليس بلازم مستحبا كان أو مباحا (قوله به) أى بالعقد اهـ سم على حج (قوله كأن لا يأكل إلا كذا) قد يقال كون هذا الشرط مما لا غرض فيه محل نظر لجواز أن أكل غير ماشرط يضر العبد مثلا فربما نقصت به الوثيقة ، بخلاف البيع فإنه لما خرج عن ملك البائع لم يكن له غرض فيما يأكله وإن أضرّ به (قوله ولغا الشرط الأخير) هو قوله مالا غرض فيه (قوله وينفع الراهن) قيد به لكونه الغالب لا للاحتراز (قوله من غير تقييد) أى بمدة (قوله وكذا الرهن فى الأظهر) حكى الخلاف فيه دون ماقبله لأن الشرط فيما قبله مناف لمقصود الرهن بالكلية فاقتضى البطلان قطعا وما هنا لايفوت مقصود الرهن بحال فأمكن معه جريان الخلاف (قوله والخلاف فى رهن التبرع) غرضه منه التعميم لا التقييد (قوله وكون ماتقرر) الأولى إسقاط كون (قوله لما مر من الفرق بينهما) أى بقوله لقوّة داعى القرض فإنه سنة ولأن وضعه جر المنفعة للمقترض (قوله نعم لو قيدها بسنة) أى المنفعة ، وهو محترز قوله من غير

(قوله على أن ترهننى دارك بكذا) الأصوب الإتيان بالضمير بدل اسم الإشارة (قوله كان رهنا) أى على الأصح ، وقيل لابد أن يقول بعده ارتهنت وقبلت (قوله لأنه تبرع) الضمير فيه للرهن كما أفصح به الجلال (قوله وكون ماتقرر من البطلان الخ) عبارة التحفة عقب قول المصنف فى الأظهر نصها : لما فيه من تغيير قضية العقد وكونه تبرعا فهو نظير مامر الخ ، فالضمير فى قوله وكونه يرجع للرهن كما يعلم من عبارة الجلال

مشروطا فى بيع فهو جمع بين بيع وإجارة فيصحان (واو شرط أن تحدث زوائده) كنتاج وثمرة (مرهونة فالأظهر فساد الشرط) لعدمها مع الجهل بها (و) الأظهر (أنه متى فسد) الشرط (فسد العقد) أى عقد الرهن بفساده لما مر (وشرط العاقد) راهنا أو مرتهنا كونه مختارا و (كونه مطلق التصرف) كما فى البيع ونحوه ، لكن الرهن نوع تبرع لأنه حبس مال بغير عوض ، فإن صدر من أهله فى ماله فذاك ، وإلا فالشرط وقوعه على وجه المصلحة فيكون حينئذ مطلق التصرف فى مال موليه وإن لم يكن من أهل التبرع ، ولهذا فرّع عليه قوله (فلا يرهن الولى) بسائر أقسامه (مال) موليه كالسفيه و (الصبى والمجنون) لما فيه من حبسه من غير عوض إلا لضرورة كما لو اقترض لحاجة ممونه أو ضياعه مرتقبا غلتها أو حلول دين له أو نفاق متاعه الكاسد أوغبطة ظاهرة كأن يشترى مايساوى مائتين بمائة نسيئة ويرهن به مايساوى مائة اه لأن المرهون إن سلم فظاهر وإلا كان فى المبيع

تقييد فكان الأولى ترك الاستدراك ، أو يقال هو استدراك بالنظر لإطلاق المصنف وإلا فكان الظاهر أن يقول : أما لو قيدها بسنة الخ ، ويكون محترز قوله من غير تقييد . وفى سم على حج أقول : وينبغى أن يكون صورة ذلك بعتك هذا الثوب بدينار على أن ترهنى به دارك هذه ويكون سكناها إلى سنة فيقبل فهذا العقد جمع بين بيع الثوب واستئجار الدارسنة بالثوب فمجموع الدينار والمنفعة المعينة ثمن والثوب مبيع وأجرة ، فلو عرض مايوجب انفساخ الإجارة انفسخ البيع فيما يقابل أجرة مثل الدارسنة من الثوب فليتأمل اه . وقول سم : انفسخ البيع : أى ولا خيار للمشترى لان الصفقة لم تتحد ، إذ ماهنا بيع وإجارة والخيار إنما يثبت حيث اتحدت الصفقة ، وكان الأولى له التعبير بالعقد لأن البيع لم ينفسخ وإنما انفسخت الإجارة (قوله مشروطا فى بيع) يخرج ما لو لم يكن كذلك كرهنتك هذه الدار على كذا على أن يكون سكناها سنة بدينار فما المانع من صحته ويكون جمعا بين رهن وإجارة فليراجع سم على حج . أقول : وقد يقال وجه عدم الصحة اشتمال العقد على شرط ما ليس من مقتضيات الرهن ولا من مصالحه فهو مقتض للفساد فهو رهن بشرط مفسد ، كما لو باع داره لشخص بشرط أن يقرضه كذا وهو مبطل (قوله والأظهر أنه الخ) قضية التعبير بما ذكر أن الخلاف فى صحة العقد مرتب ، فإذا قلنا بصحة الشرط قلنا بصحة العقد قطعا ، وإذا قلنا بفساد الشرط ففى صحة العقد قولان أظهرهما فساده ، وعليه فيتلخص من جمع المسئلتين ثلاثة أقوال : صحة الشرط والعقد ، فساد الشرط والعقد فساد الشرط وصحة العقد . وهذا الثالث لم يفهم من كلام الشارح كالمحلى . وفى كلام حج المذكور فى قوله تنبيه : قد يقال الخ ، مايؤخذ منه أن هذا كلام مستقل ليس مرتبا على الأظهر ولا مقابله ، وعبارته تنبيه : قد يقال لا حاجة لهذه الجملة الشرطية لأنه بين حكم الشرط والعقد فيما قبل هذه الصورة ، فلو قال فساد الشرط والعقد لسلم من إيهام أن العقد فى الصورة السابقة لم يبين حكمه ، على أن هذه الملازمة غير صحيحة إذ قد يفسد الشرط ولا يفسد العقد كما مرفيما لاغرض فيه . ويجاب بأن الذى ذكره قبل شروط معينة وهنا قاعدة كلية ، ولذا تعين أن ضمير فسد ليس لعين الشرط قبله بل الشرط الأعم لكن بقيد كونه مخالفا لمقتضى العقد فتأمله اه (قوله لما مر) أى من قوله لعدمها الخ (قوله لكن الرهن) استدراك على قوله كما فى البيع ونحوه (قوله بسائر أقسامه) أى أبا كان أوجدا أو وصيا أوحاكما (قوله أونفاق) بفتح النون (قوله مايساوى مائتين بمائة)

لا البطلان الذى عبر عنه الشارح بما ذكر استرواحا (قوله فيكون حينئذ) لعل المراد حين إذ وقع على وجه المصلحة ، وعبارة التحفة : ولكون الولى مطلق التصرف فى مال موليه بشرط المصلحة وليس من أهل التبرع

مايجبره ، فلو امتنع البائع إلا برهن مايزيد على المائة ترك الشراء ، إذ قد يتلف المرهون فلا يوجد جابر ولا يرهن فى هذه الصورة إلا عند أمين يجوز إيداعه زمن أمن أولا يمتد له خوف (ولا يرتهن لهما) أو للسفيه لأنه فى حال الاختيار لايبيع إلا بحال مقبوض ولا يقرض إلا القاضى كما مر (إلا لضرورة) كما لو أقرض ماله أو باعه مؤجلا للضرورة كنهب (أو غبطة ظاهرة) بأن يبيع ماله عقارا كان أو غيره مؤجلا بغبطة فيلزمه الارتهان بالثمن وارتهان الولى فيما ذكر جائز إن كان قاضيا وإلا فواجب ، وعلى الأول يحمل قول الشيخين فى الحجر ويأخذ رهنا إن رآه ، وعلى الثانى يحمل قولهما هنا ويرتهن كذا قاله بعضهم والأوجه الوجوب مطلقا ، والتعبير بالجواز لاينافى الوجوب ، وقولهما إن رآه : أى إن اقتضى نظره أصل الفعل لا إن رأى الأخذ فقط ويكون الرهن وافيا به ويشترط الإشهاد وكون الأجل قصيرا عرفا فإن فقد شرط من ذلك بطل البيع ، فإن خاف تلف المرهون فالأولى عدم الارتهان لاحتمال رفعه بعد تلفه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف المرهون ، وعلم من جواز الرهن والارتهان للولى جواز معاملة الأب والجد لفرعهما بأنفسهما ويتوليا الطرفين ويمتنع على غيرهما ذلك ورهن المكاتب وارتهانه كالولى فيما ذكر على الأصح من تناقض فيه ، ومثله المأذون له إن أعطاه سيده مالا أو لم يعطه وصار فى يده ربح ،

أى حالة ع ، ويصوّر ذلك بأن يكون الزمن زمن نهب والولى له شوكة (قوله إلا برهن مايزيد الخ) ظاهره ولو كانت الزيادة قدرا يتغابن به وهو بعيد جدا (قوله ولا يرهن فى هذه الصورة) انظر تقييده بهذه الصورة مع أن ماقبلها كذلك كما يصرح به كلام شرح الروض ، وعبارة العباب وشرحه : وإنما يرهن فى جميع الصور المذكورة حيث جاز له الرهن عند من يجوز إيداعه ، ولعل النسخة التى كتب عليها هذه الصورة وإلا فعبارة الشارح كحج هذه الصور والمراد بها جميع ماتقدم فهى مساوية لشرح الروض (قوله وعلى الأول) أى قوله جائز . والثانى قوله وإلا فواجب (قوله مطلقا) أى قاضيا أو غيره (قوله لاينافى الوجوب) أى لأنه جواز بعد منع فيصدق به وأن المراد بالجائز ماليس بحرام وهو صادق بالوجوب (قوله ويشترط) أى الولى (قوله فإن خاف تلف المرهون) أى الذى يأخذه من المدين (قوله فالأولى عدم الارتهان) أى فيبيع للضرورة أو الغبطة ولا يأخذ رهنا ، وليس المراد أنه يمتنع عليه البيع . ولعله إنما كان أولى ولم يكن واجبا لأن الأصل عدم التلف مع وجود الغبطة فى تحصيله أو الضرورة إليه ، هذا وقضية كونه أولى أنه كذلك وإن دعت الضرورة إلى الارتهان ولو قيل بوجوبه لم يبعد (قوله وصار فى يده ربح) أى وإلا فله البيع والشراء فى الذمة حالا ومؤجلا والرهن والارتهان مطلقا اه سم على حج ، وقوله والرهن انظر ماصورته مع أن الصورة أنه لم يعط مالا ولا ربح شيئا ،

فيه كان المراد هنا بمطلقه كونه أهلا للتبرع فيه بدليل تفريعه عليه قوله الخ (قوله لأنه فى حال الاختيار) وعدم الغبطة الظاهرة بقرينة ما يأتى قريبا وكان عليه أن يذكر هذا هنا (قوله فيلزمه الارتهان) لايناسب قوله عقبه جائز إن كان قاضيا وإن كان الإطلاق هو الأصح كما يأتى (قوله والتعبير بالجواز) لعل المراد تعبير من عبر به وإن لم يكن مذكورا هنا ، ولا يصح أن يكون المراد فى قول البعض المذكور لأنه لايتأتى مع نصه على التفصيل والتفرقة (قوله فإن خاف تلف المرهون فالأولى عدم الارتهان) ظاهره ولو فى حال الغبطة عند عدم الضرروة فينتج أنه يصح أن يبيع للغبطة من غير رهن فى الحالة المذكورة ولينظر مع الإطلاق وجوب الارتهان ، ولعل المراد أن الأولى عدم الارتهان بأن يترك البيع فليحرر (قوله ويتوليا الطرفين) منصوب بأن مضمرة لأنه معطوف على المصادر

قال الزركشي : وحيث منعنا المكاتب فيستثنى رهنه وارتهانه مع السيد ومالو رهن على مايؤدى به النجم الأخير لإفضائه إلى العتق (وشرط الرهن) أى المرهون (كونه عينا) يصح بيعها، ولو موصوفة بصفة السلم خلافا للإمام (فى الأصح) فلا يصح رهن المنفعة لتلفها شيئا فشيئا ، ولا رهن الدين ولو ممن هو عليه لأنه قبل قبضه غير موثوق به وبعده خرج عن كونه دينا ولا رهن وقف ومكاتب وأم ولد. والثانى يصح رهنه تنزيلا له منزلة العين

وقد يصوّر بأن يرهن شيئا فى ذمته ويحصله بعد ذلك (قوله وحيث منعنا المكاتب) أى بأن لم توجد الشروط المتقدمة (قوله وما لو رهن) أى مع غير السيد (قوله كونه عينا) من ذلك رهن ما اشتد حبه من الزرع ، فإن رهنه وهو بقل فكرهن الثمرة قبل بدوّ الصلاح اه متن روض. هذا ونقل عن الخطيب أنه يستثنى من هذه القاعدة وهى كون المرهون عينا يصح بيعها الأرض المزروعة فإنه يصح بيعها : أى حيث ريئت قبل الزرع أو من خلاله ولا يصح رهنها اه : أقول : ولعل الفرق على هذا أن البيع يراد للدوام ، فحيث علم المشترى بالزرع حين الشراء أو بعده وأجاز البيع فقد رضى بالأرض مسلوبة المنفعة تلك المدة فكان كشراء المعيب ، والمقصود من الرهن التوثق واستيفاء الدين من المرهون عند المحل ، والزرع قد يتأخر إلى وقت البيع أو يضعف الأرض فلا يتيسر بيع الأرض فى ذلك الوقت إما لشغلها بالزرع أو نقصان قيمتها بضعفها فتقل الرغبة فيها فلا يحصل مقصود الرهن من استيفاء الدين ، وقول متن الروض قبل بدوّ الصلاح : أى وحكمه الصحة وإن لم يشرط قطعه كما يأتى التصريح به فى كلام الشارح عقب قول المصنف وإن لم يعلم هل يفسد الخ (قوله ولو موصوفة بصفة السلم) وظاهره أنه لايشترط لصحته عدم طول الفصل بينه وبين القبض على خلاف مامر فى المقرض فى الذمة . وقد يفرق بأن الغرض من الرهن التوثق وما دام باقيا فى ذمة الراهن هو محتاج إلى التوثق ، والغرض من القرض دفع الحاجة والغالب عدم بقائها مع طول الفصل بين التفرق والقبض ، بل إذا طال الفصل فالغالب على المقترض إعراضه عما اقترضه والسعى فى تحصيل غيره لظنه امتناع المقرض من بقائه على القرض ، ولعلهم لم ينظروا لذلك فى المعين لأنه بتميزه عن غيره وتعلق حق المقترض به دون غيره من بقية مال المقرض نزل منزلة ماقبضه فى تعلق نفسه به وعدم التفاتها إلى غيره ما دامت العين موجودة (قوله فلا يصح رهن منفعة) أى ومنها نفع الخلوات فلا يصح رهنها (قوله لتلفها شيئا فشيئا) فيه نظر بالنسبة للعمل الملتزم فى الذمة مثلا ، بل وبالنسبة لمنفعة ملك الراهن كأن يرهن منفعة سكنى داره سنة من غير تعيين السنة اه سم على حج. أقول : فيه نظر لأن المنفعة المتعلقة بالذمة من قبيل الدين ، وتقدم أنه لايصح رهنه ، والمبهمة لايصح رهنها لعدم التعيين ، وسيأتى أن المنفعة المتعلقة بالعين يشترط اتصالها بالعقد وهو يؤدى إلى فواتها كلا أو بعضا قبل وقت البيع (قوله والثانى يصح رهنه) أى الدين (قوله تنزيلا له منزلة العين) ظاهره على هذا أنه لابد من قبضه منه ثم رده إليه ليلزم ويحتمل الاكتفاء ببقائه فى ذمته وإن لم يقبضه منه ، ويكون المراد بكونه نزل منزلة العين فى الجملة فليراجع ، لكن فى ع مانصه : وقد قالوا فى رهن الدين ممن هو عليه إذ

(قوله فلا يصح رهن المنفعة) يوهم أن المنفعة هى محل الخلاف وليس كذلك ، فكان الأصوب أن يقول فلا يصح رهن الدين إذ هو محل الخلاف ، ثم ذكر حكم رهن المنفعة بعد ذكر مقابل الأصح فعلم أن مراد المصنف بالعين هنا مطلق مقابل الدين لأجل الخلاف ، ولولا مراعاة الخلاف لشمل مقابل المنفعة (قوله والثانى يصح رهنه) يعنى الدين (قوله ولا رهن وقف الخ) كان الأولى تأخيره عن مقابل الأصح

ومحل المنع فى الابتداء ، فلا ينافى كون المرهون دينا أو منفعة بلا إنشاء كبدل الجناية على المرهون فإنه محكوم عليه فى ذمة الجانى بأنه رهن فيمتنع على الراهن الإبراء منه ، ومن مات مدينا وله منفعة أو دين تعلق الدين بتركته ومنها دينه ومنفعته تعلق رهن (ويصح رهن المشاع) من الشريك وغيره وقبضه بقبض الجميع كما فى البيع فيكون بالتخلية فى غير المنقول وبالنقل فى المنقول ولا يحتاج لإذن شريكه إلا فى المنقول ، فإن لم يأذن ورضى المرتهن كونه بيده جاز وناب عنه فى القبض وإلا أقام الحاكم عدلا يكون فى يده لهما ويؤجره إن كان مما يؤجر وتجرى المهايأة بين المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين فعلم صحة رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة من غير إذن شريكه كما يجوز بيعه ، فلو اقتسماها فخرج المرهون لشريكه لزمه قيمته رهنا لأنه حصل له بدله (و) يصح رهن (الأم دون ولدها) القن ولو صغيرا (وعكسه) أى رهنه دونها لبقاء الملك فيهما فلا تفريق ، وهو فى الأم عيب يفسخ به البيع المشروط فيه الرهن إن كان المرتهن جاهلا كونها ذات ولد ، وقول الشارح من الإماء بعد

قلنا بصحته لابد من قبض حقيقى نظرا لذلك (قوله ومحل المنع فى الابتداء) أى وكان الرهن جعليا فقيد الابتداء مخرج لصورة الجناية على المرهون ، وقيد الجعلى مخرج لموت المدين ، وهذا إنما يلائم تعميم الرهن فى عبارة المؤلف للجعلى والشرعى ، وسياق كلامه يأباه كما لايخفى ، فقوله ومحل الكلام الخ ليس على ماينبغى وكان الظاهر أن يقول ولا يرد كذا وكذا لكون الكلام فى الرهن الجعلى (قوله كون المرهون دينا) أى قد يكون دينا الخ (قوله ومن مات) أى وكمن مات الخ فهو عطف على قوله كقول الخ . والأظهر أنه مستأنف ويفيد معنى الاستثناء ، وإنما يظهر كونه معطوفا لو لم يذكر له جوابا وهنا ذكر جوابا بقوله تعلق الخ (قوله ولا يحتاج لإذن شريكه) أى لحل التصرف أما فى صحة القبض فلا يتوقف على إذن غايته أنه إذا قبض المنقول بلا إذن من شريكه أثم وصار كل منهما طريقا فى الضمان والقرار على من تلفت العين تحت يده ، ذكره فى حواشى شرح الروض ، وظاهر كلام الشارح كحج أن الإذن فى قبض المنقول شرط لصحة القبض (قوله إلا فى المنقول) أى فلا يحتاج إليه فى العقار ، وينبغى أنه إذا تلف العقار عدم الضمان ، ويوجه بأن اليد عليه ليست حسية وأنه لاتعدى فى قبضه لجوازه له (قوله بيده) أى شريكه (قوله جاز وناب) مقتضاه أنه يكون نائبا عنه بنفس الرضا وليس كذلك ، بل لابد من اللفظ من أحدهما وعدم الرد من الآخر كما يعلم من باب الوكالة (قوله وناب عنه) أى مرتهنه (قوله ويؤجره) أى العدل بإذن من الحاكم . قال فى الإيعاب : وإن أبيا الإجارة لأنه يلزمه رعاية المصلحة ولا نظر لكونهما كاملين فكيف يجبرهما على ذلك لأنهما بامتناعهما صارا كالناقصين بنحو سفه فمكنه الشارع من جبرهما رعاية لمصلحتهما اه . وقد يقال هذا ظاهر بالنسبة لما لو أبيا أو أحدهما ، أما لو رضيا فلا وجه لإيجاره مع وجودهما ورضاهما فليراجع إلا أن يقال إذن القاضى له فى جعل العين تحت يده صيره كالوكيل وهو يجوز له الإيجار والتصرف فيما وكل فيه بحضور الموكل ، وعلى هذا فالمراد يؤجره وإن رضيا جوازا حتى لو أراد المباشرة بأنفسهما لايمنعهما لأن الحق لهما (قوله فعلم) أى من قول المصنف ويصح رهن الخ (قوله كما يجوز بيعه) أى الجزء المعين (قوله لزمه) أى الرهن (قوله رهنا) أى وتكون رهنا (قوله وهو فى الأم) أى كون المرهون أحدهما دون الآخر (قوله ويفسخ به البيع) أى يجوز به الفسخ لا أنه بمجرده ينفسخ به العقد كما يفيده قوله يفسخ دون ينفسخ

(قوله فى الابتداء) أى وفى الرهن الجعلى لينزل عليه ما يأتى (قوله لزمه قيمته) يعنى نصيبه من البيت (قوله القن) أخرج به ما إذا كان حرا فإن الكلام ليس فيه وكان ينبغى أن يقول قناله (قوله وقول الشارح من الإماء) أى الذى عبر عنه فيما مر

قول المصنف ويصح رهن الأم صحيح وإنما قصره على ذلك مع عموم كلام المتن لأنه حمل كلامه على كلام الأصحاب إذ كلامهم فى الأمة ولأن جميع الأحكام الآتية إنما تتأتى فيها (وعند الحاجة) إلى توفية الدين من ثمن المرهون (يباعان) إذا ملكهما الراهن والولد فى سن يحرم فيه التفريق لتعذر بيع أحدهما حينئذ (ويوزع الثمن) عليهما ثم يقدم المرتهن بما يخص المرهون منهما ثم ذكر كيفية التوزيع بقوله (والأصح أنه تقوم الأم وحدها) إذا كانت هى المرهونة مع اعتبار كونها ذات ولد حاضنة له لأنها رهنت كذلك فإذا ساوت حينئذ مائة (ثم) تقوم (مع الولد) فإذا ساوت مائة وخمسين فالخمسون قيمة الولد وهى ثلث المجموع فيوزع الثمن عليهما بهذه النسبة فيكون للمرتهن ثلثاه ولا تعلق له بالثلث الآخر ، فإن كان الولد مرهونا دونها انعكس الحكم فيقوم وحده محضونا مكفولا ثم معها (فالزائد) على قيمتها (قيمته) وكالأم من ألحق بها فى حرمة التفريق كما مر ، وفائدة هذا التوزيع مع لزوم قضاء الدين بكل حال تظهر عند تزاحم الغرماء أو تصرف الراهن فى غير المرهون ، والوجه الثانى أن الأم تقوم وحدها خلية عن الولد كما لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم ، فإذا قيل قيمتها مثلا مائة قومنا الولد وحده ، فإذا قيل عشرون علمنا أن النسبة بينهما بالأسداس فيقسط الثمن عليهما على هذه النسبة سدس للولد يختص به الراهن والباقى يتعلق به حق المرتهن ، وفى هذا التقويم تقل قيمة الولد لأنه يكون ضائعا (ورهن الجانى والمرتد كبيعهما) المار فى البيع فيصح رهن جان لم يتعلق برقبته مال ومرتد ولا يكون برهن الجانى على القول بصحته مختارا لفدائه لبقاء محل الجناية (ورهن المدبر) وهو المعلق عتقه بموت سيده باطل ولو كان الدين حالا لاحتمال عتقه كل لحظة بموت سيده فجأة (و) رهن (معلق العتق بصفة يمكن سبقها حلول الدين) يعنى لم يعلم حلوله قبلها بأن علم حلوله بعدها أو معها أو احتمل الأمران فقط أو مع سبقه أو احتمل حلوله قبلها وبعدها ومعها (باطل على المذهب)

(قوله إذا ملكهما) أى فلو ملك الأم دون الولد بأن كان موصى به بيعت وحدها لأن التفريق إنما يحرم إذا كانا فى ملك شخص واحد (قوله والولد) أى والحال أن الولد الخ (قوله حاضنة) أى حيث كان الولد موجودا وقت الرهن وإلا قومت غير حاضنة أخذا من قوله لأنها رهنت كذلك (قوله انعكس الحكم) ولو رهنت الأم عند واحد والولد عند آخر واختلف وقت استحقاق أخذهما الدين كأن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا فهل يباع من استحق دينه دون الآخر للحاجة أو ينتظر حلول المؤجل لبيعهما أو يباعان ويوزع الثمن فما يخص الحال يوفى به وما يخص المؤجل يرهن به إلى حلوله ؟ احتمالات أقربها الثالث . ويوجه بأنه عهد بيع المرهون قبل حلول الدين عند الاحتياج إليه ويحفظ ثمنه إلى الحلول ولم يعهد تأخيره بعد حلوله حتى لو شرط فى العقد تأخير بيع المرهون عن المحلول بمدة لم يصح . ونقل بالدرس عن شيخنا الشوبرى مايوافق الثانى (قوله وكالأم من ألحق بها)وهو الأب والجد والجدة على مامر فيه فليراجع (قوله لأنه يكون ضائعا) أى بتقويمه وحده خاليا عن الأم وقضية التعليل بذلك أنه يقوم لا بصفة كونه محضونا ، بخلاف الأم حيث قومت بصفة كونها ذات ولد تحضنه ، وقال عميرة : إنه يقوم بصفة كونه محضونا (قوله المار فى البيع) صريحا فى الأولى وفى الخيار ضمنا فى الثانى اهـ حج (قوله أو مع سبقه) أى أو احتمل حلوله معها أو الأمران مع سبقه (قوله أو معها) أى أو قبلها ومعها لا بعدها (قوله قبلها وبعدها)

بقوله القن (قوله فإذا ساوت حينئذ مائة) انظر أين جواب هذا الشرط ، ولعله جعل الجزاء الآتى جواب الشرطين (قوله فيقوم وحده محضونا مكفولا ثم معها) لايصح الدخول بهذا على المتن كما لايخفى (قوله لأنه يكون) ضائعا أى لا كافل له (قوله ومعها) عبارة شرح المنهج : أو معها بإثبات ألف قبل الواو

لفوات غرض الراهن بعتقه المحتمل قبل الحلول ، ولو تيقن وجودها قبل الحلول بطل جزما مالم يشترط بيعه قبلها في جميع الصور لزوال الضرر ، وأفهم كلام المصنف صحة رهن الثانى إذا علم الحلول قبلها ، وكذا إذا كان الدين حالا وفارق المدبر بتأكيد العتق فيه فوق الثانى وإن كان التدبير تعليق عتق بصفة بدليل اختلافهم فى جواز بيع المدبر ، بخلاف المعلق عتقه بصفة ، فإن لم يبع المعلق عتقه بصفة حتى وجدت عتق كما رجحه ابن المقرى بناء على أن العبرة فى العتق المعلق بحال التعليق لا بحال وجود الصفة ، وقيل يجوز رهن المدبر كبيعه ، وقواه فى الروضة من حيث الدليل وفى المعلق بصفة قول آخر أنه يجوز وهو مخرج من رهن مايتسارع إليه الفساد ، وفرق الأول بأن الظاهر فى هذا من جهة الراهن بيعه إذا خشى تلفه وجعل ثمنه رهنا ، والظاهر فى ذلك بقاؤه على الوفاء به لغرضه فى تحصيل العتق (ولو رهن مايسرع فساده) بمؤجل يحل بعد الفساد أو معه أو قبله بزمن لا يسع البيع (فإن أمكن تجفيفه كرطب) يجىء منه تمر أو عنب يجىء منه زبيب أو لحم طرى يتقدد (فعل) ذلك التجفيف (عند خوف فساده) أى فعله المالك ومؤنته عليه كما قاله فى المطلب حفظا للرهن ، فإن امتنع أجبر عليه ، فإن تعذر أخذ شىء منه باع الحاكم جزءا منه وجفف بثمنه ولا يتولاه المرتهن إلا بإذن الراهن إن أمكن وإلا راجع الحاكم ، أما إذا

أى لا معها ، ويصور ذلك بأن يقول إن قدم ابنى من السفر نهارا فأنت حر (قوله ولو تيقن وجودها) محترز قوله يعنى لم يعلم حلوله قبلها المفسر به الإمكان (قوله فى جميع الصور) شمل ذلك صور الاحتمال ، وقد يقال لا يتأتى بيعه قبل وجود الصفة لعدم العلم وجودها إلا أن يقال : هى وإن كانت محتمله قد يغلب على الظن أو يتحقق زمان قبل احتمال وجود الصفة فيباع فيه وفاء بالشرط (قوله صحة رهن الثانى) هو قوله ومعلق العتق (قوله حتى وجدت) أى وإن حل الدين قبل وجودها أو كان حالا (قوله بحال التعليق) معتمد (قوله لا بحال وجود الصفة) قضيته نفوذ العتق وإن كان الراهن معسرا وسيأتى له عند قول المصنف ولو علقه بصفة وهو رهن فكالإعتاق ماينافيه . والجواب أن ما يأتى صوره بما لو علق عتقه بعد الرهن وما هنا مصور بما إذا كان التعليق قبله فلا تنافى (قوله على الوفاء به) أى قصد الوفاء الخ (قوله يجىء منه تمر) أى جيد (قوله زبيب) أى جيد (قوله فإن امتنع) أى المالك (قوله أخذ شىء منه) أى من المالك (قوله باع الحاكم الخ) بقى مالو كان المرهون عنده الحاكم وتعذر عليه أخذ شىء من المالك للتجفيف هل يتولاه بنفسه ويغتفر ذلك أم لا ؟ فيه نظر ، وينبغى أن يقال برفع أمره لشخص من نوابه أو لحاكم آخر يبيع جزءا منه ويجففه به كما لو ادعى عليه بحق فإنه يحكم له به بعض خلفائه وليس له أن يتولاه بنفسه ، فلو لم يجد نائبا ولا حاكما استناب من يحكم له ، فإنه باستنابته يصير خليفة ولا يحكم لنفسه ، وليس له أن يستقل بالبيع ويشهد لإمكان الاستنابة (قوله ولا يتولاه) أى لا يجوز له وظاهره ولو تبرع بالمؤنة ويوجه بأنه تصرف فى ملك الغير فلا يجوز بغير إذنه (قوله وإلا راجع الحاكم) أى فلو لم يجد الحاكم جفف بنية الرجوع وأشهد ، فإن لم يشهد فلا رجوع له لأن فقد الشهود نادر ، وينبغى أن محل هذا فى الظاهر ، وأما فى الباطن فإن كان صادقا جاز له الرجوع لأنه فعل أمر واجبا عليه قياسا على ما لو أشرفت بهيمة تحت يد راع على الهلاك من أن له ذبحها ولا ضمان عليه ، ومعلوم أن الحاكم إذا أطلق انصرف إلى من له الولاية شرعا فيخرج نحو ملتزم البلد وشادها ونحوهما ممن له ظهور وتصرف فى محله من غير ولاية شرعية ، وهو ظاهر إن كان من له ولاية شرعية يتصرف من غير عوض مع رعاية المصلحة فيما يتصرف فيه وإلا فينبغى نفوذ تصرف غيره ممن ذكر للضرورة

(قوله لفوات غرض الراهن) كذا فى النسخ ولعل الألف بعد الراء زائدة من الكتبة وليست فى التحفة (قوله يتقدد) صفة كاشفة وكان ينبغى

كان يحل قبل فساده بزمن يسع البيع فإنه يباع (وإلا) أى وإن لم يكن تجفيفه (فإن رهنه بدين حال أو مؤجل يحل قبل فساده) بزمن يسع بيعه عادة (أو) يحل بعد فساده أو معه لكن (شرط) فى هذه الصورة (بيعه) عند إشرافه على الفساد لا الآن وإلا بطل ، قاله الأذرعى كالسبكى ، واعترضا أنه مبيع قطعا وبيعه الآن أحظ لقلة ثمنه عند إشرافه ، ويرد بأن الأصل فى بيع المرهون قبل المحل المنع إلا لضرورة وهى لاتتحقق إلا عند الإشراف (وجعل الثمن رهنا) مكانه ، وقضية هذا أنه لابد من اشتراط هذا الجعل وهو كذلك ، إذ مقتضى الإذن بالبيع لايقتضى رهن الثمن بالدين المؤجل وإنما يقتضى وفاء الدين من الثمن إن كان حالا ، وتنظير الأسنوى فى ذلك مردود بأنه من مصالح المرتهن لئلا يتوهم أن من شرط بيعه انفكاك رهنه فوجب لرد هذا التوهم (صح) الرهن فى الصور الثلاث لانتفاء المحذور مع شدة الحاجة للشرط فى الأخيرة وبه فارق ما يأتى من أن الإذن فى بيع المرهون بشرط جعل ثمنه رهنا غير صحيح (ويباع) المرهون وجوبا فى تلك الثلاث بأن يرفعه المرتهن للحاكم عند امتناع الراهن ليبيعه (عند خوف فساده) حفظا للوثيقة فإن أخره حتى فسد ضمنه (ويكون ثمنه) فى الأخيرة (رهنا) بلا إنشاء عقد عملا بالشرط ويجعل ثمنه رهنا فى الأولين بإنشاء العقد (فإن شرط منع بيعه) قبل الفساد (لم يصح) الرهن لمنافاة الشرط لمقصود التوثق (وإن أطلق) فلم يشرط بيعا ولا عدمه (فسد) الرهن (فى الأظهر) لتعذر الوفاء منه لأن البيع قبل المحل لم يأذن فيه وليس من مقتضى الرهن ، والثانى يصح ويباع عند الإشرف على الفساد لأن الظاهر أن المالك لايقصد إتلاف ماله ، ونقله فى الشرح الصغير عن الأكثرين ومن ثم اعتمده الاسناف وغيره ، والمعتمد

(قوله فإنه يباع) أى والبائع له الراهن على ما يأتى فى كلام المصنف (قوله يحل قبل فساده) أى يقينا لقوله بعد وإن لم يعلم هل يفسد قبل الأجل صح فى الأظهر (قوله فى هذه الصورة) هى قوله أو شرط بشقيها وهما قوله يحل بعد الخ وقوله أو معه الخ (قوله إشرافه على الفساد) وينبغى أن مثل إشرافه على الفساد مالو عرض مايقتضى بيعه فيباع وإن لم يشرط بيعه وقت الرهن فيكون ذلك كالمشروط حكما ، ومن ذلك مايقع كثيرا فى قرى مصر من قيام طائفة على طائفة وأخذ ما بأيديهم ، فإذا كان من أريد الأخذ منه مرهونا عنده دابة مثلا وأريد أخذها أو عرض إباق العبد مثلا جاز له البيع فى هذه الحالة وجعل الثمن مكانه ، ويؤيده مسئلة الحنطة المبتلة الآتية (قوله فوجب أى الاشتراط (قوله ليبيعه) أى المرتهن وبه يندفع التأمل الآتى (قوله فإن أخره) أى المرتهن بعد إذن الراهن له فى البيع أو تمكنه من الرفع للقاضى ولم يدفع على ما يأتى عن سم (قوله ويجعل ثمنه الخ) أى ويجب أن يجعل ثمنه الخ ، وعبارة سم على حج : لو بادرهنا قبل الجعل إلى التصرف فى الثمن هل ينفذ لأنه غير مرهون وجوابه الظاهر لا ، لأنه لم يوجد استيفاء عن الدين معتبر اهـ . أقول : والمالك برهنه له أولا التزم توفية الدين منه وبيعه الآن يفوت ما التزمه ، فكان كمن اشترى عبدا بشرط اعتاقه ليس له التصرف فيه قبل الإعتاق مع كونه مملوكا له (قوله فلم يشرط بيعا) ولو أذن فى بيعه مطلقا ولم يقيده بكونه عند الإشراف على الفساد ولا الآن ، فهل يصح حملا للمبيع على كونه عند الإشراف على الفساد أولا لاحتماله لبيعه الآن ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لأن الأصل أن

حذفه كما فى التحفة لأنه يوهم أن من اللحم مالا يتقدد (قوله بمؤجل يحل قبل الفساد الخ) لا يخفى أن جعل هذا هو المقسم لايلاقى قول المصنف الآتى فإن رهنه بدين حال الخ ، والشهاب حج ذكر هذا بعد المتن الآتى بما يفيد أنه تفصيل فى خصوص مايمكن تجفيفه وهو الصواب (قوله أو بعد فساده أو معه) أى أو قبله بزمن لايسع البيع (قوله فى هذه الصورة) يعنى ما بعد أو (قوله ليبيعه) أى الحاكم كما هو ظاهر ، وعبارة القوت صريحة فيه

الأول . لا يقال : سيأتى أنه لايصح بيع المرتهن إلا بحضرة المالك فينبغى حمل الصورة الأولى عليه . لأنا نقول : بيعه ثم إنما امتنع فى غيبة المالك لكونه للاستيفاء ، وهو متهم بالاستعجال فى ترويج السلعة ، بخلافه هنا فإن غرضه الزيادة فى الثمن ليكون وثيقة له (وإن لم يعلم هل يفسد) المرهون (قبل حلول الأجل صح) الرهن المطلق (فى الأظهر) لأن الأصل عدم فساده ، والثانى يجعل جهل الفساد كعلمه ولو رهن الثمرة مع الشجر صح مطلقا مالم يكن مما لا يتجفف فله حكم مايسرع إليه الفساد فيصح تارة ويفسق أخرى ، ويصح فى الشجر مطلقا ووجهه عند فساده فى الثمرة البناء على تفريق الصفقة ؛ وإن رهن الثمرة مفردة ، فإن كانت لاتتجفف فهى كما يتسارع فساده وقد مر حكمه وإلا جاز رهنها وإن لم يبد صلاحها ولم يشرط قطعها لأن حق المرتهن لايبطل باجتياحها ، بخلاف البيع فإن حق المشترى يبطل . نعم إن رهنه بمؤجل يحل قبل جذاذه ولم يشرط القطع ولا عدمه لم يصح لأن العادة الإبقاء إلى الجذاذ ، فأشبه مالورهن شيئا على أن لايبيعه عند المحل إلا بعد أيام ويجبر الراهن على مصالحها من نحو سقى وجذاذ وتجفيف ، ولكل المنع من القطع قبل الجذاذ لا بعده وما يخشى اختلاطه بالحادث كالذى يسرع فساده ورهن ماشتد حبه كبيعه (وأن رهن) بمؤجل (مالا يسرع فساده فطرأ ماعرضه للفساد قبل) حلول (الأجل

عبارة المكلف تصان عن الإلغاء (قوله لايقال سيأتى الخ) يتأمل هذا مع ماقدمه فى قوله بأن يرفعه المرتهن للحاكم الخ الصريح فى أن البائع له هو الراهن إن أجاب لبيعه وإلا فالحاكم ، وذلك يقتضى أن المرتهن ليس له ولاية البيع تأمل إلا أن يكون الضمير فى قوله السابق ليبيعه راجعا للمرتهن (قوله حمل الصورة الأولى) وهى قوله ويباع المرهون وجوبا الخ ، وسماها أولى مع شمولها للصور الثلاث لاتحاد الحكم فيها وهو البيع ، وكانت أولى بالنظر لقوله وإن شرط منع بيعه الخ ، هذا وقال سم على حج مانصه : عبارة الروض وشرحه : فلو أذن الراهن للمرتهن فى بيعه ففرط بأن تركه أو لم يأذن له وترك الرفع إلى القاضى كما بحثه الرافعى وقوّاه النووى ضمن ، وعلى الأول قيل سيأتى أنه لايصح بيع المرتهن إلا بحضرة المالك فينبغى حمل هذا عليه . ويجاب بأن البيع إنما امتنع فى غيبة المالك لكونه للاستيفاء إلى آخر ماذكره الشارح (قوله صح مطلقا) أى حالا كان الدين أو مؤجلا مالم يكن مما لايتجفف ويسرع إليه الفساد (قوله ويصح فى الشجر مطلقا) سواء كان ثمره مما يتجفف أولا (قوله عند فساده فى الثمرة) أى بأن كانت مما لا يتجفف ورهنت بمؤجل يحل معه فسادها ولم يشرط بيعها عند الإشراف على الفساد (قوله وإلا جاز) بأن كانت تتجفف (قوله وإن لم يبد) غاية (قوله باجتياحها) أى نزول الجائحة بها (قوله نعم) استدراك على قوله وإلا جاز رهنها (قوله إن رهنه) أى الثمر (قوله ولكل المنع) شمل ذلك ما لو أراد الراهن بيعها قبل أوان الجذاذ بثمن يزيد على الدين ومنع المرتهن من البيع ، وفى جواز إجابته لذلك نظر ظاهر إذ لايفوت بقطعها قبل أوان الجذاذ فى هذه الحالة شىء على المرتهن (قوله كالذى يسرع) أى ففيه التفصيل المار (قوله ورهن ماشتد)

(قوله فينبغى حمل الصورة الأولى عليه) اعلم أن الصورة التى ورد عليها هذا السؤال ليست مذكورة فى كلام الشارح حتى تصح إحالته عليها ، وهى ما لو أذن الراهن للمرتهن فى البيع ففرط حتى فسد فإنه يضمن ، فيرد عليه هذا الإشكال الذى حاصله أنه كيف يضمن مع أنه لايصح بيعه إلا بحضرة الراهن ؟ فأجابوا عنه بما فى الشرح كما يعلم بمراجعة شرح الروض وغيره . واعلم أن فى هذا المحل سقطا من المتن ومتن الشرح فيما اطلعت عليه من النسخ ولفظ المتن عقب قوله فى الأظهر وإن لم يعلم هل يفسد قبل الأجل صح فى الأظهر اه . فلتراجع نسخة صحيحة من

كحنطة ابتلت)وإن تعذر تجفيفها (لم ينفسخ الرهن بحال) ولو طرأ ذلك قبل قبضه لأن الدوام أقوى من الابتداء ، ألا ترى أن بيع الآبق باطل ولو أبق بعد البيع وقبل القبض لم ينفسخ فيباع حينئذ عند تعذر تجفيفه قهرا على الراهن إن امتنع وقبض المرهون ويجعل ثمنه رهنا مكانه حفظا للوثيقة ، وهل يصح رهن القصب قبل بدوّ صلاحه قياسا على رهن الثمرة قبل بدوّ صلاحها ؟ أطلق الشارح فى إفتاء له صحة ذلك وغيره امتناعه ؛ وفصل الوالد رحمه الله فى فتاويه فقال : يصح إن كانت بدين حال وشرط قطعها وبيعها أو بيعها بشرط القطع أو مطلقا أو مؤجلا يحل مع الإدراك أو قبله أو بعده وشرط القطع والبيع ولا يصح فيما عدا ذلك اهـ قال : وإطلاق الشارح محمول على على هذا التفصيل وهو مأخوذ مما تقرر ، وما نوزع به من ظهور الفرق فإن المترقب هنا بدو الصلاح فكيف يقاس على مترقب الفساد غير صحيح ، إذ الجامع فى الحالتين وجود مسوّغ البيع فالوجه ماذكر من التفصيل (ويجوز أن يستعير شيئا ليرهنه) بدينه بالإجماع وإن كانت العارية ضمنا كما لو قال لغيره ارهن عبدك على دينى ففعل فإنه

أى فيصح إن ظهرت حباته كالشعير وإلا فلا (قوله ولو طرأ) غاية (قوله قبل قبضه) أى بل يباع بعد القبض وثمنه رهن اهـ عباب . وخرج ببعض القبض قبله فلا يباع قهرا على الراهن لأن الرهن غير لازم حينئذ ، وهل يبعه المرتهن بإذن الراهن له فى بيعه ويكون إذنه هنا مستلزما لتقدير قبض المرتهن له عن الرهن فيكون ثمنه رهنا ، أو لايباع ولا نظر لإذنه حينئذ لعدم لزوم الرهن المقتضى لتسلط المرتهن على بيعه ؟ كلّ محتمل ، ويأتى قبيل الركن الثانى مايقتضى ترجيح الأول لأنهم جعلوا ارهن عبدك من فلان بدينه علىّ متضمنا بقبضه وكذا إذنه فى بيعه هنا بل قد يقال : ماهنا أولى لأنه وجد عقد الرهن المستدعى لزومه إلى تقدير القبض ولا كذلك ثم ، وعلى الثانى فهل يصح بيعه عن الرهن ويكون وكيلا عنه بإذنه فلا حق له فى ثمنه أولا لأنه لم يأذن له فى بيعه مطلقا بل عن جهة الرهن الذى لم يلزم ؟ كلّ محتمل اهـ إيعاب . أقول : والأقرب الثانى لما علل به (قوله وقبض المرهون) أما قبل قبضه فلا إجبار لأن الرهن جائز من جهته فله فسخه(قوله حفظا للوثيقة) فى نسخة : وقد أطلق الشارح فى إفتاء له صحة رهن الثمرة قبل بدوّ صلاحها ، وغيره امتناعه وفصل الوالد الخ وهى المناسبة لتأنيث الضمير ، لكن ما فى الأصل هو الصواب لأن حكم الثمرة تقدم فى قوله وإن رهن الثمرة مفردة فإن كانت الخ (قوله وهل يصح رهن القصب) أى الفارسى (قوله على رهن الثمرة) أى التى تتجفف (قوله فقال يصح إن كان) أى القصب (قوله أو مؤجلا) أى أو كان الدين الذى رهن به مؤجلا وكان الأولى أن يقول أو مؤجل لأنه عطف على قوله حال (قوله ولا يصح فيما عدا ذلك) شمل مالو كان يحلّ بعد الإدراك أو معه ولم يشرط قطعه ، وفى فساد الرهن حينئذ نظر ، وما المانع من صحته وإجبار الراهن على بيعه بعد الحلول ؟ اللهم إلا أن يقال : لايلزم من إدراكه دخول أوان قطعه لجريان العادة بتأخير قطعه مدة بعد إدراكه ليتم الانتفاع به كتأخير جذاذ الثمرة مدة عن بدوّ صلاحها (قوله ويجوز أن يستعير) ظاهره ولو كان المعير ربّ الدين وينبغى خلافه فلا يصح الرهن فى هذه الحالة لعدم انطباق ضابط الرهن عليه لأنه فى هذه الصورة كأنه رهن ماله ليستوفى منه ماله ولا معنى له .

الشرح (قوله إن امتنع وقبض المرهون) الواو فيه للحال (قوله أو قبله) وفى شرط القطع والبيع قياس ماقدمه فى الدين الحال أنه يصح فى الصور الثلاث المذكورة فيه : أى بأن شرط قطعه وبيعه أو بيعه بشرط القطع أو مطلقا (قوله وهو مأخوذ مما تقرر) يعنى فيما يسرع فساده بقرينة مابعده (قوله فالوجه ماذكر من التفصيل) قد يقال : بل الوجه ما أطلقه الجلال إذ لا فرق بين القصب والثمرة فيما مرّ فيها اذا لم يرد بها فى كلامهم مايشمل القصب

كما لو قبضه ورهنه لأن الرهن توثق وهو يحصل بما لايملكه بدليل الإشهاد والكفالة ، بخلاف بيع ملك غيره لنفسه لايصح لأن البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لايملك المثمن ، وشمل كلامهم الدراهم والدنانير فتصح إعارتها لذلك وهو المتجه كما قاله الأسنوى ، وألحق بذلك مالو أعارهما وصرح بالتزيين بهما أو للضرب على صورتهما وإن لم تصح إعارتهما فى غير ذلك (وهو) أى عقد العارية بعد الرهن لاقبله خلافا لما توهمه بعض العبارات (فى قول عارية) أى باق على حكمها وإن بيع لأنه قبضه بإذنه لينتفع به (والأظهر أنه ضمان دين) من المعير (فى رقبة ذلك الشىء) المرهون لأنه كما يملك أن يلزم ذمته بدين غيره ينبغى أن يملك إلزام ذلك عين ماله لأن كلا منهما محل حقه وتصرفه ، ولأن الانتفاع هنا إنما يحصل بإهلاك العين ببيعها فى الدين فهو مناف لوضع العارية فعلم أنه لاتعلق للدين بذمته حتى لو مات لم يحل الدين ولو تلف المرهون لم يلزمه الأداء وإذا ثبت أنه ضمان (فيشترط ذكر جنس الدين) كذهب أو فضة (وقدره) كعشرة أو مائة (وصفته) كصحة وتكسر وحلول وتأجيل لاختلاف الأغراض بذلك كما فى الضمان . نعم ذكر القمولى فى جواهره أنه لو قال له ارهن عبدى بما شئت صح أن يرهنه بأكثر من قيمته انتهى .

[فرع] لو اختلف المالك والراهن فى الإذن له فى وضع يده عليه ورهنه وعدمه فالظاهر تصديق المالك لأن الأصل عدم الإذن له فى القبض ، وعليه فإذا تلف المرهون ضمن بأقصى القيم (قوله بدليل الإشهاد والكفالة) أى فإن كلا منهما يحصل به التوثق مع كونه ليس ملكا للشارط (قوله فتصح إعارتها لذلك) أى الرهن (قوله وهو المتجه كما قاله الأسنوى) أى ثم بعد حلول الدين إن وفى المالك فظاهر وإن يوف بيعت الدراهم بجنس حق المرتهن إن لم تكن من جنسه ، فإن كانت من جنسه جعلها له عوضا عن دينه بصيغة تدل على نقل الملك (قوله وصرح) أى المعير (قوله على صورتهما) أى للوزن بهما إذا كان وزنهما معلوما ويكونان كالصنجة التى تعار للوزن بها (قوله فى غير ذلك) أى كإعارتها للنفقة (قوله بعد الرهن) أى ولزومه أخذا من قول حج بعد قوله فلو تلف فى يد الخ فى أثناء كلام ولأنه مستعير وهو ضامن مادام لم يقبضه عن جهة رهن صحيح (قوله ينبغى) أى يصح (قوله ذلك) أى دين الغير (قوله عين ماله) أى نفسه (قوله كلا منهما) أى عين ماله وذمته (قوله حتى لو مات) أى المعير (قوله لم يلزمه) أى المالك (قوله صح أن يرهنه بأكثر) قال فى الإيعاب : ويؤخذ منه حمل اشتراط معرفة الجنس وما بعده على ما إذا لم يفوض الأمر إلى خيرة المدين وإلا لم يشترط انتهى. أقول : وقد يمنع الأخذ بشدة الضرر فى التعميم فى نحو الجنس ، فإنه إذا أخذ بمقتضاه ربما رهنه على جنس يعز وجوده أو يحال فيعسر على المعير تخليصه ، بخلاف قوله بما شئت فإن المعير موطن نفسه فيه على بيعه أو تخليصه بقيمته فلم يحدث

والمنازعة فى قياسه على مايسرع فساده لامحيد عنها ، ودعوى الشارح وجود المسوغ فى جميع الصور وأنه ملحظ الصحة فيها وعدم الصحة فيما عداها غير ظاهرة للمتأمل (قوله لأن الرهن توثق الخ) هو توجيه للإجماع ولو عطفه عليه لكان أوضح (قوله بخلاف بيع ملك غيره لنفسه) أى بخلاف بيعه ملك غيره لآخر لأجل نفسه بأن يبيعه ويأخذ ثمنه لنفسه فاللام فى لنفسه للتعليل (قوله أى باق على حكمها وإن بيع) عبارة الشارح المحلى : أى باق عليها لم يخرج عنها من جهة المعير إلى ضمان الدين فى ذلك الشىء وإن كان يباع فيه كما سيأتى انتهت . فلعل قول الشارح وإن بيع غرضه منه ما فى قول الجلال وإن كان يباع فيه وإلا فبقاء حكم العارية بعد البيع من أبعد البعيد بل لا وجه له فليراجع (قوله لأنه كما يملك أن يلزم ذمته الخ) تعليل لأصل صحة ضمان الدين فى رقبة الشىء ولا تعلق له بخصوص

ويؤيده ما يأتى فى العارية من صحة لتنتفع به بما شئت وبه يندفع مانظر فيه بأنه لابد من معرفة الدين (وكذا المرهون عنده) وكونه واحدا أو متعددا (فى الأصح) لما مر، فلو خالف شيئا من ذلك ولو بأن عين له زيدا فرهن من وكيله أو عكسه كما هو الأوجه، ويؤيده ما يأتى فى الوكالة أنه لو وكله ليبيع من زيد فباع من وكيله لم يصح، أوعين له ولىّ محجور فرهن منه بعد كماله بطل كما لو عين له قدرا فزاد فإنه يبطل فى الجميع لا فى الزائد فقط خلافا لبعض المتأخرين لا إن نقص من جنسه، وكما لو استعاره ليرهنه من واحد فرهنه من اثنين أو عكسه. والثانى لايشترط لضعف الغرض فيه، ولا يشترط شىء مما ذكر على قول العارية، ولو قال له المالك ضمنت ما لفلان عليك فى رقبة عبدى من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن (فلو تلف فى يد) الراهن ضمن لأنه مستعير الآن اتفاقا، أو فى يد (المرتهن فلا ضمان) عليهما إذ المرتهن أمين ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن، ولو أعتقه المالك فكإعتاق المرهون فينفذ قبل قبض المرتهن له مطلقا وبعده من الموسر دون المعسر، ولو أتلفه إنسان أقيم بدله مقامه كما قال الزركشى إنه ظاهر كلامهم (ولا رجوع للمالك)

له مايخالف ما وطن نفسه عليه وقت الإذن، بخلاف غيره فإنه قد يظن رهنه بجنس يتيسر وجوده عند الحاجة لتخليصه أو بأجل ينتهى عند إدراك غلاته مثلا فيكون الحاصل بخلافه، ومع ذلك الأقرب الصحة مطلقا بدليل أنه يجوز للوكيل البيع مع قول الموكل له بكم شئت أو بما شئت أو كيف شئت على ما يأتى (قوله بما شئت) سيأتى فى العارية أن المعتمد فى انتفع بما شئت أنه يتقيد بالمعتاد فى مثله فقياسه أنه يتقيد هنا بما يعتاد رهن مثله عليه فليتأمل انتهى سم على حج. وقد يفرق بأن الانتفاع فى المعار بغير المعتاد يعود منه ضرر على المالك، بخلاف الرهن بأكثر من قيمته لايعود ضرر عليه إذ غايته أن يباع فى الدين وما زاد على ثمنه باق فى ذمة المستعير (قوله وكونه واحدا) قد تتضمنه معرفة المرهون عنده فتأمله انتهى سم على حج. وقد يمنع تضمنه ذلك لجواز أن يعرف المرهون عنده بكونه بعض جماعة معينين كأن يقال: زيد وعمرو وبكرا رهن عند بعضهم فقد عرفهم إجمالا، ولابد من تعيين المرهون عنده منهم بكونه واحدا أو متعددا (قوله لما مر) أى من قوله لاختلاف الأغراض الخ (قوله فلو خالف شيئا من ذلك) أى ولو بأن عين له فاسقا فرهن من عدل لم يصح الرهن (قوله بطل) أى لم يصح ولا يمنع من ذلك التعبير بالماضى لأن الأفعال فى عبارات المصنفين مجردة عن الزمان مراد منها مجرد الحدث فكأنه قيل فهو باطل (قوله وكما لو استعار الخ) وإنما بطل فيما لو شرط رهنه من واحد فرهنه من اثنين مع أنه لا ضرورة فيه على الرهن بل فيه تخفيف عليه أو يمكنه فكاك بعضه بدفع حصة أحد الاثنين، لأنه وإن كان فيه تخفيف من هذه الجهة لكن فيه إضرار من جهة أخرى، وهى أنه قد يؤدى الحال إلى بيع حصة أحد المرتهنين فيتشقص ملكه، وأيضا فبيع النصف أيضا قد تكون قيمته أنقص من نصف القيمة (قوله ولو قال له) أى للمدين (قوله المضمون) أى وهو الدائن (قوله فلو تلف فى يد الراهن) أى ولو بعد انفكاكه (قوله إذ المرتهن) علة لعدم تضمين المرتهن وقوله ولم يسقط علة لعدم تضمين الراهن (قوله مطلقا) أى موسرا أو معسرا (قوله ولو أتلفه) أى المعار للرهن (قوله أقيم بدله مقامه) أى بلا إنشاء عقد أخذا من قول الشارح السابق

الأظهر ومقابله، وإنما المتعلق بذلك التعليل الثانى ومن ثم اقتصر عليه فى التحفة (قوله ويؤيده ما يأتى فى العارية الخ) هذا التأييد إنما يظهر على القول بأنه عارية لا على القول بأنه ضمان فتأمل (قوله بطل) جواب قوله فلو خالف (قوله لا إن نقص من جنسه) خرج به مالو نقص لكن خالف فى الجنس كما لو قال أرهنه بدينار فرهنه بدرهم فلا يصح (قوله ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن) معطوف على قول المتن فلا ضمان

فيه (بعد قبض المرتهن) وإلا لم يكن لهذا الرهن معنى إذ لا وثوق به وأفهم جواز الرجوع قبل قبضه وهو كذلك على القولين لعدم لزومه (فإذا حل الدين أو كان حالا) وأمهله المرتهن فإن طالبه ربّ الدين وامتنع من أداء الدين (روجع المالك للبيع) لأنه قد يفدى ملكه (ويباع إن لم يقض) بضم أوله (الدين) من جهة الراهن أو المالك أو غيرهما كمتبرع أن يبيعه الحاكم وإن لم يأذن المالك ولو أيسر الراهن كما يطالب ضامن الذمة وإن أيسر الأصيل (ثم) بعد بيعه (يرجع المالك) على الراهن (بما بيع به) لأنه لم يقض من الدين غيره زاد مابيع به على القيمة أو نقص عنها لكن بما يتغابن به ، إذ بيع الحاكم لايمكن فيه أقل من ذلك ، وإن قضاه المالك انفك الرهن ورجع بما دفعه على الراهن إن قضى بإذنه وإلا فلا رجوع له كما لو أدى دين غيره فى غير ذلك ، لايقال : الرهن بالإذن كالضمان به فيرجع وإن قضى بغير الإذن أيضا ، لأنا نقول : محل ذلك إذا قضى من ثمن المرهون كما مر أما من غيره كما هنا فلا . وحاصله قصر الرجوع فيهما على محل الضمان وهو هنا رقبة المرهون وثم ذمة الضامن ، فإن أنكر الراهن الإذن فشهد به المرتهن للمعير قبل لعدم التهمة ، ويصدق الراهن فى عدم الإذن لأن الأصل عدمه ، ولو رهن شخص شيئا من ماله عن غيره بإذنه صح ورجع عليه إن بيع بما بيع به ، أو بغير إذنه صح ولم يرجع عليه بشيء كنظيره فى الضامن فيهما . وقد ألغز العلامة الدميرى هنا فقال لنا : مرهون يصح بيعه جزما بغير إذن المرتهن وصورته استعار شيئا ليرهنه بشروطه ففعل ثم اشتراه المستعير من المعير بغير إذن المرتهن لعدم تفويت الوثيقة ، وما جزم به احتمال للبلقينى تردد بينه وبين مقابله من عدم الصحة . ورجح الصحة جمع ونقل ذلك عن تصريح الجرجانى ، وهو الأوجه لأن شراءه لايضر المرتهن بل يؤكد حقه لأنه كان يحتاج لمراجعة المعين وربما عاقه ذلك

بعد قول المصنف وشرط المرهون كونه عينا ومحل المنع فى الابتداء فلا ينافى كون المرهون دينا أو منفعة بلا إنشاء كبدل الجناية (قوله أقل من ذلك) أى مايتغابن به (قوله وإن قضاه المالك) أى مالك العين المعارة .

[فرع] قال فى شرح الروض : ولو استعار من يعتق عليه لرهنه فرهنه ثم ورثه هل يعتق عليه لأنه عتق من الشرع أولا لتعلق الوثيقة به ؟ أو يقال إن كان موسرا عتق وإلا فلا ؟ فيه نظر اهـ . واعتمد مر الثانى سم على منهج (قوله روجع المالك) أى وجوبا فلو باع بلا مراجعة لم يبعد (قوله وإن قضاه المالك) أى مالك العين المعارة (قوله وحاصله قصر الرجوع فيهما) أى الرهن والضمان (قوله فإن أنكر الراهن الإذن) أى فى القضاء (قوله قبل) أى ولا يلزم من قبوله ثبوت الرهن لما هو معلوم أن الحق لايثبت بشاهد واحد (قوله إن بيع بما بيع به) أى فلو قضى الدين من ماله بغير إذن من المدين لم يرجع وإن كان الرهن بإذنه قياما على ماتقدم من أن المعير لو قضى الدين بغير إذن المستعير لم يرجع لأنه لم يؤد من ثمن المرهون (قوله وقد ألغز العلامة) أى أشار إلى أنه قد لايتوقف صحة البيع على مراجعة المرتهن (قوله ونقل ذلك عن تصحيح الجرجانى) لعل المراد به أبو العباس أحمد

(قوله وأمهله المرتهن فإن طالب ربّ الدين الخ) لعل هنا سقطا من النسخ ، وعبارة الروض وشرحه : فإذا حلّ الدين أو كان حالا وأمهله المرتهن فله : أى للمالك ذلك : أى إجباره على فكاكه ويأمر المالك المرتهن بالمطالبة بدينه ليأخذه فينفك الرهن أو يرد الرهن : أى المرهون إليه ، كما لو ضمن دينا مؤجلا ومات الأصل فللضامن أن يقول للمضمون له طالب بحقك أو أبرئنى ، فإن طالبه : أى المرتهن الراهن فامتنع من فدائه : أى المرهون : أى فكاكه استؤذن المالك إلى آخر ماذكراه

وبشراء الرهن ارتفع ذلك ، ولو حكم بها شافعي برهن ثم استعاده الراهن فأفلس أو مات فحكم مخالف يرى قسمته بين الغرماء بها نفذ إن كان من مذهبه بطلانه بقبض الراهن حتى أفلس أو مات بعد صحته لأن هذه قضية طرأت لم يتناولها حكم الشافعي لاتفاقهما على الصحة أو لا ؛ قاله أبو زرعة ، وتبعه على ذلك جمع ممن بعده ، وهي قاعدة تخرج منها مسائل من الإجارة والهبة وتعليق الطلاق قبل العصمة ونحوها ، وما ذكره ظاهر إن حكم بالصحة ، فإن حكم بموجبه فلا لتناوله لذلك حينئذ ، لأنه مفرد مضاف لمعرفة فيعم الآثار المترتبة عليه سواء الموجودة والتابعة وهذا هو الذي كان الوالد رحمه الله تعالى يراه وأفتى به بعض أكابر العصر بعده وقول كثير ممن أدركناه منتصرا لكلام العراقي إن ذلك خرج من المخالف مخرج الافتاء لا اعتبار به ، إذ لو نظرنا إلى ذلك لما استقرت غالب الأحكام

فصل في شروط المرهون به ولزوم الرهن

(شرط المرهون به) ليصح الرهن (كونه دينا) ولو زكاة تعلقت بالذمة ، ويحمل القول بالمنع على عدم تعلقها بها أو منفعة كالعمل في إجارة الذمة لإمكان استيفائه ببيع المرهون وتحصيله من ثمنه لا إجارة العين لتعذر استيفائه من غير المعين وإن بيع المرهون ، ولا بد من كونه أيضا معينا معلوما قدره وصفته ، فلو جهله أحدهما أو رهن بأحد

ابن محمد مصنف التحرير والمعاياة والبلق والشافي ، مات راجعا من أصبهان إلى البصرة سنة ثنتين وثمانين وأربعمائة قاله ابن الصلاح في طبقاته وابن سعد اه . من طبقات الأسنوي ، وعدّ من أهل جرجان جماعة كثيرة وصفهم بالتبحر في العلوم (قوله ثم استعاده) أي أخذه وإن لم يأذن فيه المرتهن (قوله بين الغرماء بها) أي بالاستعادة (قوله لأن هذه) تعليل لقوله نفذ إن كان الخ (قوله فإن حكم بموجبه) أي آثاره المرتبة عليه (قوله لأنه) أي موجبه (قوله لا اعتبار به) أقول : وأيضا فالفرض كما هو ظاهر أن المخالف يرى حكمه المذكور حكما حقيقيا ملزما فكيف يقال إنه خرج مخرج الإفتاء مع كون حاكمه ؟ يعتقد أنه حكم حقيقي فليتأمل اه سم على حج .

(فصل) في شروط المرهون

(قوله ولزوم الرهن) أي وما يتبع ذلك كبراءة الغاصب بالإيداع عنده وبيان ما يحصل به الرجوع (قوله ليصح الرهن) دفع به ما يقال الشروط إنما تكون للعقود أو العبادات والمرهون به ليس واحد منهما (قوله كونه دينا) أي في نفس الأمر مع ما يأتي من كونه معلوما لما يأتي من قوله وثم دين في نفس الأمر مع ما يأتي من كونه معلوما (قوله تعلقت بالذمة) بأن تلف المال بعد التمكن من إخراج الزكاة ليكون دينا لتعلقها حينئذ بالذمة ثم إن انحصر المستحقون فواضح ، وإلا فهل المراد أنه يجوز الرهن من كل ثلاثة فأكثر من كل صنف ؟ فيه نظر أو من الإمام أو يمتنع هنا اه سم على حج . أقول : والظاهر أنه يجوز الرهن من كل ثلاثة ومن الإمام أيضا ، لأن كلا من الصنفين إذا قبض برئ الدافع فكأن الحق انحصر فيهم ، لكن في حاشية شيخنا الزيادي أنه لابد من حصر المستحق ليكون المرهون به معلوما دون ما إذا تعلقت بالعين وعلى هاتين الحالتين يحمل الكلامان المتناقضان اه . فأفهم قوله لابد من حصر المستحق عدم الصحة في غير ذلك (قوله على عدم تعلقها بها) أي بأن كان النصاب

(قوله ثم استعاره) كذا في النسخ بالراء ولعل الراء محرفة عن الدال .

(فصل) في شروط المرهون

الدينين لم يصح الرهن ، وقد يغنى العلم عن التعيين لأن الإبهام ينافيه ، ولو ظن دينا فرهن أو أدى فبان خلافه لغا كل من الرهن والأداء ، أوظن صحة شرط رهن فاسد فرهن وثم دين فى نفس الأمر صح لوجود مقتضيه ، واستثنى ابن خيران مما مرمالو ضمن من درهم إلى عشرة فإنه يجوز بخلاف الرهن به ، ونقله الزركشى عنه وأقره ، والأوجه الصحة فى الرهن كالضمان ، إذ المؤثر هنا الجهل والإبهام وهما منتفيان (ثابتا) أى موجودا حالا ، ولا يغنى عنه لفظ الدين إذ لايلزم من التسمية الوجود وإلا لم يسم المعدوم معدوما (لازما) فى نفسه كثمن المبيع بعد الخيار دون دين الكتابة ، فاللزوم ومقابله وصفان للدين فى نفسه ، وإن لم يوجد فحينئذ لاتلازم بين الثبوت واللزوم سواء أوجد معه استقرار كدين إتلاف وقرض أم لا كثمن مبيع لم يقبض وأجرة مالم تستوف منفعته (فلا يصح) الرهن (بالعين)

باقيا فإنها حينئذ تتعلق بعين المال تعلق شركة (قوله وقد يغنى العلم الخ) أى بأن يقال يشترط كونه معلوما من غير زيادة ، أما مع قوله قدره وصفته فلا لجواز اتحاد الدينين قدرا وصفة فالرهن بأحدهما باطل مع العلم بقدره وصفته (قوله ينافيه) أى العلم (قوله لغا) لتبين عدم الدين فى نفس الأمر (قوله أو ظن صحة شرط) أى فنى العلم بفساد الشرط بالأولى وهذه المسئلة بسطها فى الروض انتهى سم على حج (قوله رهن فاسد) قال فى شرح الإرشاد : كما إذا اشترى أو اقترض شيئا من دائنه بشرط أن يرهنه بما فى ذمته فإن البيع وإن فسد للشرط لكن الرهن صحيح لأنه صادف محلا اه سم على حج (قوله صح) هذا يخالف ماقدمه فى البيع بعد قول المصنف عن بيع وشرط من أنه إذا أتى بالعقد الثانى مع العلم بفساد الأول صح وإلا فلا ، وعبا ة حج هنا كالشارح ، وثم بعد مثل ماتقدم عن الشارح مانصه : وما وقع فى الروضة وأصلها من صحة الرهن فيما لو رهن بدين قديم مع ظن صحة شرطه فى بيع أو قرض لأن فساده ضعيف ، أو أن الرهن مستثنى لأنه مجرد توثق فلم يؤثر فيه ظن الصحة إذ لاجهالة تمنعه بخلاف ماهنا اه . فما ذكره الشارح هنا موافق للاحتمال الثانى فى كلام حج (قوله لوجود مقتضيه) أى الدين (قوله مما مر) أى من كونه معينا معلوما (قوله فإنه يجوز) أى ويكون ضامنا لتسعة (قوله بخلاف الرهن به) أى بما ذكر من الرهن بدرهم إلى عشرة الخ (قوله معدوما) فيه نظر وفرق بين تسمية تدل على الوجود وتسمية لاتدل على الوجود بل على العدم اه سم على حج (قوله لازما فى نفسه) أى من طرفى الدائن والمدين (قوله كدين إتلاف وقرض) أى فإن كلا منهما لازم مستقر ، وقوله أم لا كثمن المبيع الذى لم يقبض بعد انقضاء الخيار ، وقد يكون الدين مستقرا غير لازم كنجوم الكتابة ، وقد لايكون لازما ولا مستقرا كثمن المبيع زمن الخيار قبل القبض .

[فرع [1]] وقع السؤال عن النذر والكفارة هل يصح الرهن عليهما (قوله بالعين) أى بسبب العين الخ

(قوله وقد يغنى العلم الخ) أى إذا حذف التقييد بالقدر والصفة دائما (قوله وثم دين فى نفس الأمر) صورته كما فى شرح البهجة أن يكون له على غيره دين فيبيعه شيئا بشرط أن يرهن بدينه القديم أو به وبالجديد ، وحينئذ ففى قول الشارح أوظن صحة شرط رهن فاسد مساهمة ، والعبارة الصحيحة أن يقال : أو ظن صحة شرط رهن فى بيع فاسد ، ويجوز أن يكون قوله فاسد وصفا لشرط (قوله لو استثنى ابن خيران) لاموقع للتعبير بالاستثناء هنا فإن ماذكره فى الرهن موافق لما مر لامخالف له ، وأما الضمان فلم يتقدم له ذكر فى كلامه (قوله وهما منتفيان) أى لأن هذه العبارة موضوعة شرعا لتسعة كما أفصح به الشهاب حج (قوله بعد الخيار) وكذا فى زمنه كما سيأتى

---

(١) قوله (فرع الخ) بيض للجواب على مافى النسخ التى بأيدينا اه .

المضمونة كالمأخوذة بالبيع الفاسد أو السوم و (المغصوبة والمستعار) وألحق بها مايجب رده فورا كالأمانة الشرعية (فى الأصح) لأنه تعالى ذكر الرهن فى المداينة فلا يثبت فى غيرها ، ولأنها لاتستوفى من ثمن المرهون فيدوم حبسه لا إلى غاية ، والثانى يصح كضمانها ، وفرق الأول بأن الضامن للعين يقدر على تحصيلها فيحصل المطلوب بالضمان ، وحصول العين من ثمن المرهون لايتصور ، أما الأمانة كالوديعة فلا يصح بها جزما ، وبه علم بطلان ما اعتيد من أخذ رهن من مستعير كتاب موقوف ، وبه صرح الماوردى وما أفتى به القفال من لزوم شرط الواقف ذلك ، والعمل به مردود بأنه رهن بالعين لاسيما وهى غير مضمونة لو تلفت من غير تقصير وبأن الراهن بعض المستحقين وهو لايكون كذلك ، وقال السبكى : إن عنى الرهن الشرعى فباطل أو اللغوى وأراد أن يكون المرهون تذكرة صح وإن جهل مراده احتمل بطلان الشرط حملا على الشرعى ، فلا يجوز إخراجه برهن تعذره ولا بغيره لمخالفته للشرط أو لفساد الاستثناء ، فكأنه قال : لايخرج مطلقا ، وشرط هذا صحيح لأن خروجه مظنة ضياعه ، واحتمل صحته حملا على اللغوى وهو الأقرب تصريحا للكلام ما أمكن انتهى . واعترض الزركشى ترجيحه بأن الأحكام الشرعية لاتتبع اللغة ، وكيف يحكم بصحته مع امتناع حبسه شرعا فلا فائدة لها . وأجيب عنه بأنه إنما عمل بشرطه مع ذلك لأنه لم يرض بالانتفاع به إلا بإعطاء الآخذ وثيقة تبعثه على إعادته وتذكره به حتى لاينساه وإن كان ثقة لأنه مع ذلك قد يتباطأ فى رده كما هو مشاهد ويبعث الناظر على طلبه لأنه يشق عليه مراعاتها ، وإذا قلنا بهذا فالشرط بلوغها ثمنه لو أمكن بيعه على مابحث إذ لايبعث على ذلك إلا حينئذ واعلم أن محل اعتبار شرط عدم إخراجه وإن ألغينا شرط الرهن مالم يتعسر الانتفاع به فى ذلك المحل وإلا جاز إخراجه منه لموثوق به ينتفع به فى محل آخر ويرده

(قوله وألحق بها) أى العين المضمونة (قوله وردها فورا) المراد بردها فورا إعلام مالكها وبعد الإعلام سقط الوجوب ومع ذلك لايصح الرهن بها لأنها صارت كالوديعة (قوله والثانى يصح كضمانها) قضيته صحة ضمان الأمانة الشرعية لإلحاقه لها بالعين المضمونة ، وظاهره جريان الخلاف فيها بتوجيهه ، والظاهر خلافه لتخصيصهم صحة ضمان العين بالمضمونة فليراجع (قوله وبه علم) أى بقوله أما الأمانة الخ (قوله من مستعير) فيه تجوز ، فإن أخذه لينتفع به لايسمى استعارة فإن الناظر مثلا لايملك المنفعة حتى يعير (قوله وبه صرح الماوردى) معتمد (قوله وهو) أى الراهن (قوله كذلك) أى مستحقا (قوله وقال السبكى) قال سم على حج : المعتمد بطلان الشرط المذكور مطلقا ، ولا معول على ماقاله السبكى ، نعم ينبغى امتناع إخراج الكتاب من محله حيث تأتى الانتفاع به فيه لأن الشرط المذكور وإن كان باطلا يتضمن منع الواقف إخراجه فيعمل به بالنسبة لذلك (قوله واحتمل صحته) أى الشرط (قوله واعترض الزركشى ترجيحه) أى صحة الشرط (قوله فلا فائدة لها) أى الصحة (قوله وأجيب عنه) أى فيكون الشرط صحيحا يعمل به لكن قال سم ماتقدم (قوله مع ذلك) أى مع إرادة المعنى اللغوى حيث علم أنه أراده أو الحمل عليه حيث جهل مراده (قوله وإلا جاز إخراجه) أى من غير رهن . وعليه فلو خالف واضع اليد على الكتب المذكورة وأخذ رهنا وتلف عنده فلا ضمان لأن حكم فاسد العقود كصحيحها فى الضمان وعدمه ، أما لو أتلفه فعليه الضمان بقيمته بتقدير كونه مملوكا (قوله فى محل آخر) أى ولو بعيدا على

(قوله أما الأمانة) أى الجعلية بقرينة مامر (قوله وهو لايكون كذلك) انظر ماموقع الإشارة (قوله واعلم أن محل اعتبار شرط عدم إخراجه الخ) فهم منه وجوب اتباع شرط الواقف فى عدم اخراجه من محله وهو مابحثه سم قال : لأن

لمحله عند قضاء حاجته كما أفتى بذلك بعضهم وهو ظاهر (ولا) يصح الرهن (بما) ليس بثابت سواء أوجد سبب وجوبه كنفقة زوجته فى الغد أم لا كرهنه على ما (سيقرضه) أو سيشتريه لأنه وثيقة حق فلا تتقدم عليه كالشهادة ، وعن ذلك الداخل فى الدين بتجوّز احترز بقوله ثابتا ، وهذه المسائل خرجت عن الصحة بقوله دينا كذا قاله الشارح مشيرا للرد به على من قال من الشراح إن قوله لازم يغنى عن ثابت لأنه يصح أن يقال : دين القرض ثابت ودين الكتابة غير لازم : أى فى حد ذاتهما ، فدفع المصنف ذلك بقوله ولا يصح بما سيقرضه إلى آخره لأنه ليس بموجود حقيقة فليس بثابت وحينئذ فكان يستغنى عن ثابت بلازم ، (و) قد يغتفر تقدم أحد شقى الرهن على ثبوت الدين لحاجة التوثق كما (لو قال أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك) هذا أو الذى صفته كذا (فقال اقترضت ورهنت ، أو قال بعتكه بكذا وارتهنت) بثمنه هذا (الثوب) أو ماصفته كذا (فقال اشتريت ورهنت صح فى الأصح) لأن شرط الرهن فى ذلك جائز فمزجه أولى لأن التوثق فيه آكد لأنه قد لايفى

ما اقتضاه إطلاقه ، لكن الظاهر أنه مقيد ببلد ماشرط عدم إخراجه منه رعاية لغرض الواقف ماأمكن فإنه يكفى فى رعاية غرضه جواز إخراجه لما يقرب من ذلك المحل ، وقد يشهد له مالو انهدم مسجد وتعطل الانتفاع به ولم يرج عوده حيث قالوا تصرف غلته لأقرب مسجد إليه ، ولا بدّ مع ذلك من رعاية المصلحة فيراعى ماجرت به العادة فى إخراج الكتب من إعطاء نحو كراسة لينتفع بها ويعيدها ثم يأخذ بدلها ، فلا يجوز إعطاء الكتاب بتمامه حتى لو كان محبوكا ، فينبغى جواز ذلك الحبكة لأنه أسهل من إخراج جملته الذى هو سبب لضياعه ، وعليه فلو جرت العادة بالانتفاع بجملته كالمصحف جاز إخراجه ، وعلى الناظر تعهده فى طلب رده أو نقله إلى من ينتفع به وعدم قصره على واحد دون غيره ، ومثل المصحف كتب اللغة التى يحتاج من يطالع كتابه إلى مراجعة مواضع متفرقة فيها لأنه لايتأتى مقصوده بأخذ كراسة مثلا (قوله أو سيشتريه) لعل المراد بثمن ماسيشتريه اهـ سم (قوله وحينئذ فكان الخ) وجوابه يؤخذ من قوله السابق فاللزوم ومقابله وصفان للدين الخ (قوله وقد يغتفر) الغرض استثناؤه من اشتراط كون المرهون به دينا ثابتا إذ المفهوم منه أنه ثابت قبل صيغة الرهن (قوله أحد شقى الرهن) قد يقال بل شقاه جميعا فى صورة القرض بناء على أنه إنما يملك بالقبض ، إذ مقتضى توقف الملك على القبض توقف الدينية عليه ، إذ كيف يثبت بدون الملك فليتأمل ، إلا أن يصور ذلك بما إذا وقع القبض بين الشقين بأن عقب قوله أقرضتك هذه الدراهم بتسلمها له . وقد يمنع ملكها بهذا التسليم قبل تمام العقد إلا أن يقال : يكفى ملكه بعد تمام

الشرط المذكور وإن كان باطلا لكنه يتضمن منع الواقف إخراجه بالنسبة لذلك (قوله الداخل فى الدين بتجوّز) أى لعلاقة الأوّل ، لكن هذا لايناسب ماقدمه فى شرح قول المصنف ثابتا (قوله وهذه المسائل خرجت الخ) إنما ساقه الشارح الجلال فى شرح قول المصنف فلا يصح بالعين المغصوبة والمستعارة فى الأصح ، فمراده بالمسائل العين المغصوبة والمستعارة والمأخوذة بالسوم التى زادها هو على المتن ، فسياق الشارح له هنا فى غير محله مع أنه يوهم أن الشارح الجلال ساقه متصلا بقوله الداخل فى الدين بتجوّز ، وقوله مشيرا للرد به : يعنى بقوله وعن ذلك الداخل فى الدين بتجوّز احترز بقوله ثابتا ، ولا يصح رجوع الضمير فيه لقوله هذه المسائل الخ لأن من الواضح أن الشارح الجلال إنما أراد أن يبين محترز القيود السابقة فى كلام المصنف من كلامه (قوله لأنه يصح أن يقال دين القرض ثابت الخ) كلام محرف ، وعبارة شرح الروض : قال الأسنوى وغيره : ولا يغنى عن الثابت اللازم لأن الثبوت معناه الوجود فى الحال ، واللزوم وعدمه صفة الدين فى نفسه لايتوقف صدقه على وجود الدين كما يقال دين القرض لازم ودين الكتابة غير لازم ، فلو اقتصر على الدين اللازم لورد عليه مايستقرضه

بالشرط ، ويفارق بطلان كاتبتك بكذا وبعتك هذا بدينار فقبلهما بأن الرهن من مصالح البيع والقرض ولهذا جاز شرطه فيهما مع امتناع شرط عقد فى عقد ، بخلاف البيع والكتابة ، قال القاضى : ويقدر فى المبيع وجوب الثمن وانعقاد الرهن عقبه كما يقدر الملك بالبيع الملتمس فى البيع الضمنى اه . والأوجه عدم الاحتياج لذلك هنا لاغتفار التقدم فيه للحاجة كما تقرر بخلاف ذلك لابدّ منه فيه ، واستفيد من صنيع المصنف أن الشرط وقوع أحد شقى الرهن بين شقى نحو البيع والآخر بعدهما ، فيصح إذ قال بعنى هذا بكذا ورهنت به هذا فقال بعت وارتهنت ، ولو قال بعتك أو زوّجتك أو أجرتك بكذا على أن ترهننى كذا فقال اشتريت أو تزوجت أو استأجرت ورهنت صح كما رجحه ابن المقرى وإن لم يقل الأوّل بعد ارتهنت أو قبلت لتضمن هذا الشرط الاستيجاب ومن صور المزج أن يقول بعنى عبدك بكذا ورهنت به الثوب فيقول بعت وارتهنت ، ومقابل الأصح لايصح قال الرافعى : وهو القياس لأن أحد شقى العقد قد تقدم على ثبوت الدين . وأجاب الأول بأن ذلك اغتفر لحاجة التوثق (ولا يصح) الرهن بغير لازم ولا آيل للزوم ولو ثابتا لأنه لا فائدة فى التوثق بدين يتمكن المدين من إسقاطه فلا يصح (بنجوم الكتابة) لما سلف (ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ) ولو بعد الشروع فى العمل بخلافه بعد الفراغ للزومه حينئذ (وقيل يجوز بعد الشروع) لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن فى مدة الخيار وردّ بأن الأصل فى البيع اللزوم إذ القصد منه الدوام ، بخلاف الجعالة لجواز فسخها من كل منهما قبل تمام العمل فيسقط به الجعل وإن لزم الجاعل بفسخه وحده أجرة المثل (ويجوز) الرهن (بالثمن فى مدة الخيار) لأنه آيل إلى اللزوم ؛ والأصل فى وضعه اللزوم كما تقرر . ومحله حيث ملك البائع الثمن بأن كان الخيار للمشترى وحده كما مر ، ولا يباع المرهون إلا بعد انقضاء الخيار ، وقول الشارح ودخلت المسئلة فى قوله لازما بتجوّز يجاب عنه بأن من عادة المصنف ذكر المتفق عليه ثم يذكر المختلف فيه بعده (و) يجوز (بالدين) الواحد (رهن بعد رهن) وإن كان

العقد وصدق أنه لم يتقدم إلا أحد الشقين اه سم على حج هذا وما ذكره من التوقف فى القرض يأتى مثله فى الثمن إذا شرط فى البيع الخيار للبائع أو لهما ، بل وكذا لو لم يشترط بناء على أن الملك فى زمن خيار المجلس موقوف وهو الراجح (قوله بخلاف البيع والكتابة) أى فإن الكتابة ليست من مصالح البيع (قوله والأوجه عدم الاحتياج لذلك) أى لتقدير دخوله فى ملكه (قوله كما تقرر) أى فى قوله وقد يغتفر (قوله ولو قال بعتك) ليس هذا تكرارا مع ماتقدم فى الكلام على الصيغة من قوله أو بعتك هذا بكذا على أن ترهننى الخ لذكره هنا مع البيع التزويج والإجارة ، ونقله عن ابن المقرى ففيه زيادة على ماتقدم ثم (قوله أن يقول بعنى) يغنى عنها قوله أولا فيصح إذا قال بعنى هذا بكذا ورهنت به الخ (قوله لما سلف) أى فى قوله لأنه لافائدة الخ (قوله لانتهاء الأمر) أى لأن الأمر فيه يصير إلى اللزوم (قوله والأصل فى وضعه) عطف مغاير للأيلولة إلى اللزوم لأن معناها أنه بعد مدة الخيار يصير لازما بالفعل . ومعنى أن أصل وضعه اللزوم أنه المقصود من الدوام كما تقدم (قوله ثم يذكر المختلف فيه بعده) وقد يقال ليس مراد الشارح بذلك الاعتراض بل دفع ما يقال صحة الرهن بذلك تنافى اشتراط اللزوم فى الدين (قوله ولا يباع المرهون إلا بعد انقضاء الخيار) أى بأن كان الثمن حالا أو مؤجلا وتوافقا على بيعه وتعجيل الثمن لكن بشرط

ونحوه مما لم يثبت انتهت (قوله قال القاضى ويقدر فى البيع الخ) عبارة شرح الروض : قال القاضى فى صورة البيع : ويقدر الخ (قوله ومن صور المزج أن يقول الخ) لاحاجة إليه لأنه مكرر (قوله يجاب عنه بأن من عادة المصنف الخ) لايخفى أن غرض الشارح الجلال إنما هو الجواب عن المصنف فيما يقال عليه إن القيود التى ذكرها

جنسهما مختلفا لأنه زيادة فى الوثيقة ويصيرا كما لو رهنهما معا (ولا يجوز أن يرهنه المرهون) مفعول ثان كما أفاده الشارح ، وقول الأسنوى إن تركيب المصنف هنا غير مستقيم فإن الجار والمجرور متعلق برهن وهو مصدر وتقديم معمول المصدر ممتنع مردود بقول التفتازانى إن الحق جواز ذلك فى الظروف لأنها مما يكفيه رائحة الفعل انتهى . وفصل ابن هشام فى شرح بانت سعاد فقال ماحاصله : إن كان المصدر ينحل لأن والفعل امتنع مطلقا ، وإن كان لاينحل لأن والفعل جاز مطلقا ، ثم قال : وكثير من الناس يذهل عن هذا فيمنع تقديم معمول المصدر مطلقا (عنده بدين آخر) مع بقاء رهنه الأول (فى الجديد) وإن وفى بالدينين أو كانا من جنس واحد كما لايجوز رهنه عند غير المرتهن ، والقديم الجواز ونص عليه فى الجديد أيضا ، كما تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد ، وفرق الأول بأن ذلك شغل فارغ فهو زيادة فى التوثقة وهذا شغل مشغول فهو نقص منها . نعم لو فدى المرتهن مرهونا جنى أو أنفق عليه بإذن الراهن كما قاله القاضى أبو الطيب والرويانى وإن نظر فيه الزركشى أو الحاكم لنحو غيبة الراهن أو عجزه ليكون مرهونا بالفداء والنفقة أيضا صح لأن فيه مصلحة حفظ الرهن ، ولو رهن الوارث التركة التى عليها الدين ولو غير مستغرق لها من غريم الميت بدين آخر لم يصح كالعبد الجانى وتنزيلا للرهن الشرعى منزلة الجعلى (ولا يلزم) الرهن من جهة راهنه (إلا) بإقباضه أو (بقبضه) أى المرتهن نظير تمامر فى البيع مع

أن لايجعلا الإذن مشروطا بإرادة التعجيل بل يتوافقان على البيع حالا ، ثم بعد البيع يعجله له كما يؤخذ ذلك من قول المصنف الآتى آخر الفصل ، ولو أذن فى بيعه ليعجل المؤجل من ثمنه لم يصح البيع (قوله ولا يجوز أن يرهنه المرهون) ظاهره ولو قبل القبض وهو ظاهر ، ويوجه ببقاء عقد الرهن الأول وبأن له طريقا إلى جعله رهنا بالدينين بأن يفسخ العقد الأول وينشئ رهنه بهما (قوله فإن الجار والمجرور) هو قوله بالدين (قوله فى شرح بانت) أى فارقت (قوله ينحل لأن والفعل) أى وما هنا منه فإنه ينحل إلى نحو ويجوز أن يرهن بالدين الخ (قوله وإن) غاية (قوله أو أنفق عليه بإذن الراهن) قيد فى المسئلتين ، وعليه فلو فدى الجانى بلا إذن هل يصح القبض ويكون متبرعا به كمن وفى دين غيره بغير إذنه أم يبطل وله الرجوع على المدفوع له بما دفعه له ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه إنما أدى على ظن الصحة وأنه يصير مرهونا بالدينين ولا سيما إذا شرط ذلك عند الدفع للمجنى عليه ، وقوله بإذن الراهن قال فيه سم على حج : ظاهره ولوكان قادرا . قال فى شرح الروض : ونظر فيه الزركشى إذاكان قادرا ، ثم قال : والأوجه حمل ذلك على ما إذا عجز . أقول : والأقرب الأول وبه جزم شيخنا الزيادى فى حاشيته وسم أيضا على المنهج عن مر (قوله بدين آخر) أى على الوارث (قوله كالعبد الجانى) أى فإنه لايصح رهن المالك إياه على دين عليه للمجنى عليه بحيث يكون رهنا على أرش الجناية وذلك الدين (قوله أو بقبضه) .

للدين ليست موفية بالغرض إذ يخرج منها ماذكره هنا ، فأجاب عنه بأنه داخل فى لازما بتجوز : أى بأن يراد باللازم ماوصفه اللزوم وليس غرضه الاعتراض على المصنف الذى فهمه عنه الشارح وأجاب عنه بما ذكره على أن ما ذكره من أن ما هنا مختلف فيه غير صحيح ، ولو قال وإنما نص على ما هنا لخفائه لكان واضحا (قوله وقول الأسنوى إن تركيب المصنف) أى فى قوله وبالدين رهن بعد رهن وكان الأولى بالشارح أن يذكر هذا عقبه (قوله لأنها مما تكفيه رائحة الفعل) انظر هذا التعليل فإن النزاع ليس فى العمل بل فى التقديم (قوله إن كان المصدر ينحل الخ) أى وعليه فاعتراض الأسنوى متوجه على المتن وإن كان إطلاقه المنع ممنوعا

إذنه له فيه إن كان المقبض غيره لقوله تعالى ـ فرهن مقبوضة ـ فلو لزم بدون القبض لم يكن للتقييد به فائدة ، ولأنه عقد إرفاق كالقرض ومن ثم لم يجبر عليه ، ولا ترد الوصية لأنها إنما تحتاج إلى القبول فيما إذا كان الموصى له معينا فللراهن الرجوع فيه قبل القبض . أما المرتهن لنفسه فلا يلزم فى حقه بحال . وقد يتصور فسخه للرهن بعد قبضه كأن يكون الراهن مشروطا فى بيع ويقبضه قبل التفرق من المجلس ثم يفسخ البيع فينفسخ الرهن تبعا كما قاله الرافعى فى باب الخيار ، وإنما يصح القبض والإقباض (ممن يصح عقده) أى الرهن فلا يصح من نحو مجنون ومحجور ومكره وصبي لانتفاء أهليتهم ، ولا من وكيل راهن جن أو أغمى عليه قبل إقباض وكيله ، ولا من مرتهن أذن له الراهن أو أقبضه فطرأ له ذلك قبل قبضه ، ولا يرد عليه غير المأذون فإنه تصح وكالته فى القبض مع عدم صحة ارتهانه ، وكذا سفيه ارتهن وليه على دينه ثم أذن له فى قبض الرهن لأنه ذكر الأول كما يأتى . والثانى إن سلم ماذكر فيه تعين كونه بحضرة الولى وحينئذ فهو القابض فى الحقيقة (وتجرى فيه) أى فى كل من الإقباض والقبض (النيابة) كالعقد (لكن لا يستنيب) المرتهن فى القبض (راهنا) مقبضا لئلا يؤدى إلى اتحاد القابض والمقبض ، فعلم أنه لو كان الراهن وكيلا فى عقد الرهن فقط أو وليا فرشد موليه أو عزل هو جاز للمرتهن أن يستنيبه فى القبض من المالك لانتفاء العلة ، وماقيل من أنه كان الأولى له أن يقول ولا عكسه لأن الراهن لو قال للمرتهن وكلتك فى قبضه لنفسك لم يصح وقد توقف فيه الأذرعى ، فإنهم أطلقوا أنه لو أذن له فى قبضه صح وهو إنابة فى المعنى رد بأن إذنه إقباض منه لا توكيل (ولا) يستنيب (عبده) أى رقيق الراهن لأن يده كيده سواء المدبر والمأذون له وغيرهما ، ولا يعارضه ما لو وكل رجل العبد فى شراء نفسه من مولاه حيث يصح مع أنه لا يصح فيما لو وكل مولاه لأن شراء العبد نفسه صحيح فى الجملة لتشوف الشارع إلى العتق فلم ينظروا فيه إلى تنزيل العبد منزلة مولاه فى ذلك (وفى المأذون له) فى التجارة (وجه) لانفراده باليد والتصرف كالمكاتب ، ويرد باللزوم من جهة السيد فى المكاتب بخلاف المأذون (ويستنيب مكاتبه) لاستقلاله باليد والتصرف كالأجنبى ، ومثله المبعض إن كان بينه

[فرع] لو أقبضه المرهون ولم يقصد أنه عن الرهن فوجهان بلا ترجيح . قال مر : والمعتمد أنه لا يقع عن الرهن انتهى سم على منهج : أى ويكون أمانة فى يد المرتهن يجب رده متى طلبه المالك . وينبغى تصديق المالك فى كونه لم يقصد إقباضه عن جهة الرهن لأنه لا يعرف إلا منه (قوله إن كان المقبض غيره) أى أما إذا كان المقبض الراهن فلا يتوقف على إذن المرتهن فى القبض بل يكفى مجرد دفعه له عن جهة الرهن حيث نوى أن الدفع عن جهة الرهن أخذا مما ذكرناه عن سم (قوله به) أى القبض (قوله لم يجبر عليه) أى الإقباض (قوله ولا ترد الوصية) أى على قوله ولأنه عقد إرفاق (قوله أما المرتهن لنفسه) أما لو ارتهن لغيره كطفله فليس له الفسخ لما فيه من التفويت على الطفل (قوله لأنه ذكر الأول) هو قوله غير المأذون الخ ، وقوله والثانى هو قوله وكذا سفيه الخ (قوله لانتفاء العلة) هى قوله لئلا يؤدى الخ (قوله أن يقول) أى بعد قوله راهنا (قوله رد بأن الخ) أى فما اقتضاه توقف الأذرعى فى عدم صحة التوكيل المذكور صحيح (قوله لاستقلاله) يؤخذ منه أنه يشترط كون الكتابة صحيحة

(قوله ولأنه عقد إرفاق الخ) عبارة شرح الروض : ولأنه عقد تبرع يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة ولا ترد الوصية الخ ، والشارح رحمه الله تعالى تبع الشهاب حج فى التعليل ، ثم تبع شرح الروض فى قوله ولا ترد الوصية الخ فلم يلتئم الكلام (قوله أى الرهن) فيه إخراج الضمير عن ظاهره لكن لابد منه لصحة الحكم ، إلا أنه كان عليه زيادة لفظ منه عقب قول المصنف يصح كما صنع الجلال المحلى (قوله رد بأن إذنه إقباض الخ) هذا لا يدفع القيل

وبين سيده مهايأة ووقع القبض فى نوبته وإن وقع التوكيل فى نوبة السيد ولم يشرط فيه القبض فى نوبته (ولو رهن) ماله بيد غيره منه كأن رهن (وديعة عند مودع أو مغصوبا عند غاصب) أو مؤجرا عند مستأجر أو مقبوضا بسوم عند مستام أو معارا عند مستعير أو مأخوذا ببيع فاسد عند آخذه (لم يلزم) هذا الرهن (مالم يمض زمن إمكان قبضه) أى المرهون كنظيره فى البيع لأنه لو لم يكن فى يده لكان اللزوم متوقفا على هذا الزمان وعلى القبض ، لكن سقط القبض إقامة لدوام اليد مقام ابتدائها فبقى اعتبار الزمن ؛ فإن كان الرهن حاضرا فى قبضه مضىّ زمن يمكن فيه نقله إن كان منقولا ، وإن كان عقارا اعتبر مقدار التخلية وإن كان غائبا ، فإن كان منقولا اعتبر فيه مضىّ زمن يمكن فيه المضى إليه ونقله وإلا اعتبر مضىّ زمن يمكن المضىّ فيه إليه وتخليته ، ولو اختلفا فى الإذن أو فى انضاء هذه المدة فالقول للراهن . وأفهم كلامه عدم اشتراط ذهابه إليه ، وهو الأصح (والأظهر اشتراط إذنه) أى الراهن (فى قبضه) لأن يده كانت عن غير جهة الرهن ولم يقع تعرض للقبض عنه . والثانى لايشترط لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذن فى القبض ، ولو رهن الأب ماله عند طفله أو عكسه اشترط فيه مضى ماذكر وقصد الأب قبضا إذا كان مرتهنا وإقباضا إذا كان راهنا كالإذن فيه (ولا يبرئه ارتهانه عن الغصب) وإن لزم ، لأنه وإن كان عقد أمانة الغرض منه التوثق وهو لاينافى الضمان فإن المرتهن لو تعدى فى المرهون ضمنه مع بقاء الرهن فإذا كان لايرفع الضمان فلأن لايدفعه ابتداء أولى ، وشمل كلامه ما لو أذن له بعد الرهن فى إمساكه رهنا ومضت مدة إمكان قبضه ، وكذا لايبرأ المستعير بالرهن وإن منعه المعير الانتفاع لما مر ، ويجوز له الانتفاع بالمعار الذى ارتهنه لبقاء الإعارة ، فإن رجع المعير فيه امتنع ذلك عليه ؛ وللغاصب إجبار الراهن على إيقاع يده عليه ليبرأ من الضمان ثم يستعيده منه بحكم الرهن. فإن لم يقبل رفع إلى الحاكم ليأمره بالقبض ، فإن أبى قبضه الحاكم أو مأذونه ويرده إليه ، ولو قال له القاضى أبرأتك أو استأمنتك أو أودعتك ، قال صاحب التهذيب فى كتابه التعليق برئ وليس للراهن إجباره على رد المرهون إليه ليوقع يده عليه ثم يستعيده منه المرتهن بحكم الرهن إذ لاغرض له فى براءة ذمة المرتهن (ويبرئه) عن الغصب (الإيداع فى الأصح) لأن الإيداع ائتمان وهو ينافى الضمان بدليل أنه لو تعدى

وبه صرح حج رحمه الله (قوله فالقول للراهن) أى منسوب إليه فيقبل منه (قوله وإن لزم) أى الرهن (قوله فلأن لايدفعه) أى يدفع الضمان (قوله لما مر) أى فى قوله لأنه وإن كان الخ (قوله على إيقاع) أى وضع (قوله ولو قال له) أى للغاصب (قوله قال صاحب التهذيب الخ) معتمد (قوله إجباره) أى الغاصب (قوله المرهون إليه)

نعم فيه جواب عن توقف الأذرعى (قوله وقصد الأب قبضا إذا كان مرتهنا الخ) قضيته أنه لايشترط قصده الإقباض فى الأولى ولا القبض فى الثانية والظاهر أنه كذلك فليراجع (قوله كالإذن فيه) خبر قوله وقصده : أى قصده للقبض والإقباض المذكورين قائم مقام الإذن المشترط فى غيره على الأظهر المتقدم ، وعبارة الروض وقصده للقبض كالإذن . قال شارحه : واقتصاره على القبض أولى من ضم الأصل إليه الإقباض ، إذ لايشترط فى الإقباض إذن حتى يشترط قصده انتهى (قوله فإذا كان لايدفع الضمان الخ) عبارة الدميرى : لأن الدوام أقوى من الابتداء ودوام الرهن لايمنع الضمان بالتعدى فى المرهون ويبقى الرهن بحاله ، فلأن لايرفع الرهن دوام الضمان أولى انتهت . فقول الشارح : فإذا كان لايدفع الضمان : يعنى فى دوامه الذى هو أقوى من الابتداء (قوله وللغاصب إجبار الراهن على إيقاع يده الخ) قضيته أن المستعير ليس كذلك فليراجع

فى الوديعة لم يبق أمينا بخلاف الرهن ، والثانى لايبرئه كالرهن ورد بما مر ، ولو أبرأ الغاصب من ضمان المغصوب مع وجوده لم يبرأ إذ الأعيان لايبرأ منها لأن الإبراء إسقاط ما فى الذمة أو تمليكه ، وكذا إن أبرأه عن ضمان مايثبت فى الذمة بعد تلفه لأنه إبراء عما لم يثبت، ولو أجره المغصوب أو قارضه فيه أو عقد عليه الشركة أو وكله فى التصرف فيه ببيع أو هبة أو غيرهما أو إعاره أو زوّجه إياه لم يبرأ لما علم مما مرّ فى رهنه منه ، وظاهر أنه إن تصرف فى مال القراض أو فيما وكل فيه برئ لأنه سلمه بإذن مالكه وزالت عنه يده ، وقد علم مما تقرر إلحاق كل يد ضامنة بالغاصب وأنه لايختص هذا الحكم بالارتهان ولا بالغصب (ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك كهبة مقبوضة) وبيع وإعتاق وإصداق لزوال الملك (وبرهن) أعاد الباء لئلا يتوهم أنه من المزيل (مقبوض وكتابة) ولو فاسدة لتعلق حق الغير به ، وكلامه يقتضى أن الهبة والرهن بدون قبض لايكون رجوعا ، لكن نقل السبكى وغيره عن النص أنه رجوع وهو المعتمد ، وقال الأذرعى : إنه الصواب فكلام المصنف تمثيل (وكذا تدبير)

أى الرهن (قوله ورد بما مر) أى فى قوله لا الإيداع الخ(قوله لأن الإبراء إسقاط الخ)معتمد (قوله لما علم مما مر) أى من قوله لأنه وإن كان عقد أمانة الغرض منه الخ (قوله وبيع) خرج به العرض عليه فلا يكون رجوعا ، وظاهره أن البيع رجوع وإن كان بشرط الخيار للبائع مع أنه غير مزيل للملك مادام الخيار باقيا ، ومقتضى قوله لزوال الملك خلافه ، لكن الأول ظاهر بناء على ما يأتى فى الهبة والرهن قبل القبض لأن ترتب الملك على البيع بشرط الخيار أقرب من ترتبه على الهبة قبل القبض لأن البيع بشرط الخيار آيل إلى اللزوم بنفسه ولا كذلك الهبة ، وعليه فقول المصنف بتصرف يزيل الملك معناه يترتب عليه زوال الملك أو تصرف هو سبب لزوال الملك ، وقول الشارح لزوال الملك : أى لوجود مايزيل الملك (قوله وبرهن) ظاهره لافرق فى ذلك بين كون المرهون عنده الثانى الأول بأن رهنه عنده أولا على دين العوض ثم رهنه عنده ثانيا على دين آخر أو غيره وهو ظاهر ، ويفرق بينه وبين مالو رهنه عند المرتهن بعد القبض حيث تتوقف صحته على فسخه العقد الأول ثم ينشىء عقدا آخر إن أراده بأنه لزم من جهة الراهن بإقباضه فلم يقدر على إبطاله برهنه ثانيا ، بخلاف ماقبل القبض فإنه متمكن من فسخه متى شاء وكان الرهن السابق فسخا للأول ، لكن هذا قد يشكل بما تقدم من امتناع رهنه ثانيا على دين لآخر وعدم بطلان الرهن الأوّل ، إلا أن يفرق بأن ماتقدم لم يأت فيه بما يشعر برجوعه من الراهن الأوّل ، وإنما ضم إليه شيئا آخر وهو رهنه على الدين الثانى ، بخلاف ماهنا فإنه صريح فى الرجوع عن الرهن الأول أو يخص ذلك بما بعد القبض وما هنا بما قبله . هذا وقد يشعر تعليل كونه يتعلق حق الغير به بأنه فى هذه الصورة لايكون رجوعا إلا أن يقال إن اختلاف الدين ينزل منزله المرهون عنده (قوله ولو فاسدة) ولعل الفرق بين هذا وما تقدم فيما لو استتاب مكاتبه من اشتراط كونه مكاتبا كتابة صحيحة أن المدار هنا على مايشعر بالرجوع وثم على الاستقلال وهو لايستقل إلا إذا كانت الكتابة صحيحة (قوله لايكون) أى كل منهما (قوله وهو المعتمد) خلافا لحج (قوله وكذا تدبير) ولو علق عتقه بصفة فمقتضى قوله بعد وكل تصرف لايمنع ابتداءه الخ أنه إن علقه بصفة لم يعلم الحلول

(قوله لم يبق أمينا) عبارة الجلال : ولو تعدى فى الوديعة ارتفع كونها وديعة (قوله لم يبرأ لما علم مما مر) معنى عدم براءته فيما إذا أعاره إياه أنه لايبرأ عن ضمان الغصب فيضمنه بأقصى القيم إن تلف ، ويضمن أجرته إلى غير ذلك من أحكام الغصب (قوله تمثيل) هو ظاهر فى الرهن ، وأما الهبة فإنما قيد فيها بالإقباض لأنه مثل بها لما يزيل الملك وهو لايزول فيها إلا بالقبض وإن كان حكم غير المقبوضة هنا كذلك

يحصل به الرجوع (فى الأظهر) إذ مقصوده العتق وهو مناف للرهن . والثانى لا ، لأن الرجوع عن التدبير ممكن (وبإحبالها)منه أو من أصله كما فى فتاوى القاضى لتعلق العتق به . وضابط ذلك أن كل تصرف يمنع ابتداء الرهن فطريانه قبل القبض يبطل الرهن ، وكل تصرف لايمنع ابتداءه لايفسخه قبل القبض إلا الرهن والهبة من من غير قبض (لا الوطء) فقط لأنه استخدام (و) لا (التزويج) إذ لاتعلق له بمورد الرهن بل رهن المزوّج ابتداء جائز ،سواء أكان المزوج عبدا أم أمة ولاالإجارة وإن حل الدين المرهون به قبل انقضائها ، وتقييد الفارقى بما إذا كانت قيمته مؤجرا لاتنقص عن قدر الدين وإلا كان رجوعا كما لو تصرف بما يخرج المرهون عن أن يستوفى منه الدين كان رجوعا ، فكذا إذا كان يمنع من استيفاء بعضه مردود بظاهر إطلاق الأصحاب لأن الرهن قبل القبض ليس بلازم (ولو مات العاقد) راهنا أومرتهنا أو وكيلاهما أو وكيل أحدهما (قبل القبض) للمرهون (أو جن) أو أغمى عليه أو حجر عليه بسفه أو فلس (أو تخمر العصير أو أبق العبد) قبل القبض فيهن أو جنى (لم يبطل) أى الرهن (فى الأصح) أما فى الموت فلأن مصير الرهن إلى اللزوم فلا يتأثر بموته كالبيع فى زمن الخيار ، ووجه

قبلها كان رجوعا وإن علم فلا ، ثم رأيت فى سم على المنهج قوله وتدبير قال السبكى وغيره هنا وتعليق العتق كالتدبير اهـ . والظاهر أن التعليق لو كان مع حلول الدين أو على صفة تتأخر عن حلوله لم يضر كما لا يمنع صحة الرهن فى الابتداء انتهى . أقول : بل قد يقال الأقرب ما قاله السبكى لأن التعليق يشعر بالإعراض عن الرهن وإبطاله بالتعليق مطلقا أولى من إبطاله بالكتابة الفاسدة لأن العتق فى الكتابة الفاسدة يتوقف على أداء النجوم ، وقد لايتيسر له اكتسابه ، بخلاف التعليق بالصفة فإن الغالب أن حصولها لا يتوقف على فعل من المالك (قوله ممكن) أى بالبيع مثلا دون القول فلا يبطل به وكالتدبير التعليق على مامر (قوله وبإحبالها) أو ولو بإدخال المنىّ ولو فى الدبر ، وأطلق الإحبال وأراد به الحبل استعمالا للمصدر فى متعلقه ، فشمل مالو استدخلت منيه المحترم أو علت عليه ، وبه اندفع ماقيل كان اللائق التعبير بالحبل (قوله أو من أصله) أى وخرج بأصله فرعه لأنه لاشبهة له فى مال أصله يستحق بها الإعفاف فوطؤه زنا بخلاف عكسه (قوله وضابط ذلك أن كل تصرف) ولا يرد عليه تخمر العصير وجناية القنّ فإن كلا منهما لايبطل الرهن إذا طرأ قبل القبض كما يأتى مع أنه يمنع ابتداء الرهن لأنه عبر بالتصرف وكل منهما ليس تصرفا (قوله إلا الرهن والهبة) ومثلهما البيع بشرط الخيار لغير المشترى والكتابة الفاسدة والجناية الموجبة للمال على مايأتى (قوله لا الوطء) أى ولو أنزل (قوله ولا التزويج) ومثله بالأولى الإذن فيه (قوله بمورد الرهن) أى وهو الرقبة (قوله وتقييد الفارقى) ينبغى جريان مثله فيما لو زوّج المرهون قبل القبض (قوله أو تخمر العصير) أى ولو بنقله من شمس إلى ظل كما يصرح به قوله بعد ولا نظر إلى كون الخل قد يحدث بها (قوله أو أبق العبد) ظاهره وإن أيس من عوده ، وينبغى فى هذه الحالة أن له مطالبة الراهن بالدين حيث حل لأنه فى هذه الحالة يعد كالتالف (قوله أو جنى) ظاهره ولو أوجبت مالا وهو ظاهر (قوله فلأن مصير الرهن) قد يمنع هذا التعليل لأن مصير العقد إلى اللزوم إنما يكون فى العقود التى تلزم بنفسها بعد زوال المانع ، كالبيع بشرط الخيار فإنه إذا انقضى الخيار لزم بنفسه والرهن إنما يلزم بالإقباض إلا أن يقال : هو بالنظر للغالب من أن

(قوله أو جنّ) أى قبل القبض أيضا وكان الأولى تقديمه

مقابله أنه جائز كالوكالة ، وعلى الأول يقوم وارث الراهن مقامه فى الإقباض ووارث المرتهن مقامه فى القبض ، وقول البلقينى : إذا كان هناك دين لم يقدم المرتهن به وإن أقبضه الوارث لتعلق حق الغرماء بجميع التركة بالموت وليس للورثة التخصيص وفى إقباضه تخصيص مردود . إذ المخصص فى الحقيقة عقد المورث. وأما الإغماء وما بعده فكالموت بل أولى ، ويعمل الولى بالمصلحة فيجيز. له ماله فعله ابتداء كأن يخشى ولى الراهن إن لم يسلمه فسخ بيع شرط فيه الرهن وفى إمضائه حظ ، ولا يسلمه إن كان الرهن تبرعا إلا لضرورة أو غبطة ويفعل ولى المرتهن عند عدم إقباضه الرهن المشروط فى بيع الأصلح من فسخه أو إجازته ، ولو خرس الراهن قبل الإذن فى القبض وأذن بالإشارة المفهمة قبضه المرتهن وإلا لم يقبضه أو بعد الإذن وقبل القبض

الراهن إذا رهن الغالب عليه أن يقبض العين المرهونة (قوله وعلى الأول) وهو الأصح (قوله يقوم وارث الراهن) هل ولو عاما اه سم على حج. أقول : إطلاق كلامهم يشمله ، وهو ظاهر حيث رأى المصلحة فى الإقباض ، وقول سم ولو عاما : أى كناظر بيت المال (قوله فى الإقباض) ظاهره وإن كان الرهن مشروطا فى بيع . وقال سم على البهجة قبل فصل الخيار : قوله كأن مات المشترى قبل أن يشهد الخ تصريح بأن وارث المشترى لا يقوم مقامه ، ولا يلزم البائع قبول إشهاد الوارث بل له الفسخ مع بذل الوارث الإشهاد ، ويأتى أنه لا خيار له بموت المشترى قبل إعتاق المشترى المشروط إعتاقه ، ويمكن الفرق بتشوف الشارع إلى العتق وهل موت المشترى قبل الرهن كموته قبل الإشهاد أو يفرق بتعين المرهون بخلاف الشهود فإنهم وإن عينوا لا يتعينون ؟ فيه نظر ، والأول غير بعيد اه . وقوله لا يقوم مقامه شامل للإقباض لكن بقية كلامه تشعر بأن الكلام فى الإشهاد ، ولا يلزم من عدم قيامه فيه عدم قيامه فى الإقباض (قوله وأما الإغماء وما بعده) لم يتعرض لخصوص المفلس ، وقد يقال قياس بحث البلقينى المذكور أن يمتنع على المفلس الإقباض بغير رضا بقية الغرماء بجامع تعلق الجميع بماله بالحجر ففى إقباضه تخصيص ، وقياس منع بحثه ورده أن لا يمتنع عليه ذلك ، لكن ذكر فى شرح العباب تنبيها يتحصل منه أنه ليس له ذلك إلا برضا الغرماء ، ثم نقله عن ابن الصباغ فقال : قال ابن الصباغ : ولو كان للمفلس غرماء غير المرتهن لم يجز للراهن تسليم الرهن إلى المرتهن قبل فك الحجر لتعلق حق سائر الغرماء به ولأنه ليس له أن يبتدئ عقد الرهن فى هذه الحالة فكذا تسليم الرهن اه . فيحتاج للفرق على مقتضى رد بحث البلقينى ، وقول ابن الصباغ قبل فك الحجر يشعر بأنه لو انفك الحجر قبل بيع الرهن جاز التسليم حينئذ فليتأمل اه سم على حج . وقول سم فيحتاج للفرق ولعل الفرق أن المفلس لما كان التصرف منه نفسه كان إقباضه تخصيصا للمرتهن ولم ينظر لتقدم السبب منه قبل الحجر ، بخلاف مسئلة البلقينى فإنه بموت الراهن انتهى فعله ، وكان تصرف الوارث إمضاء لما فعله الراهن فى حياته ، وقريب منه جعلهم إجازة الوارث الوصية تنفيذا لا عطية مبتدأة (قوله ويعمل الولى بالمصلحة) هو ظاهر فى غير المحجور عليه بالفلس ، أما هو فلا ولى له بل هو الذى يتولى الإقباض إن قلنا به ويتولى القبض لأنه لا ضرورة على الغرماء فيه (قوله ويفعل ولى المرتهن) هو ظاهر فى غير المغمى عليه . أما هو فينبغى تصويره بما إذا زادت على ثلاثة أيام وإلا فينتظر كما فى نظائره من تزويج المغمى عليه وغيره ، ولو جن الراهن والمرتهن ورأى ولى أحدهما الفسخ والآخر الإجازة وجب مراعاة الفسخ فيقدم على الإجازة ، لأنا لو لم نقل بتقديم الفسخ لفات حق من شرط له الخيار (قوله عدم إقباضه) أى الراهن (قوله وإلا لم يقبضه) وفى نسخة بدل لم يقتضه فيبطل كالمجنون

(قوله وأما الإغماء وما بعده) كان الأولى أن يقول وأما الجنون وما بعده (قوله عند عدم إقباضه الرهن الخ) المصدر

لم يبطل إذنه. وأما فى التخمر والإباق فبالقياس على مالو كان بعد القبض لاغتفار مايقع فى الدوام . ووجه مقابله اختلاله فى حال ضعف الرهن وعدم لزومه، لكن مادام خمرا ولو بعد القبض حكم الرهن باطل لخروجه عن المالية فإذا تخلل عادت الرهنية ولو قبل القبض، ومن ثم لو تخمر ثم تخلل قبضه خلا. ولا يصح القبض فى حال الخمرية، فإن فعل استأنف القبض بعد التخلل لفساد القبض الأول. وللمرتهن الخيار فى بيع شرط فيه الرهن بانقلاب العصير خمرا قبل القبض وإن تخلل لنقص الخل عن العصير، بخلاف انقلابه بعد القبض لأنه تخمر فى يده وتخمر المبيع قبل قبضه كتخمر الرهن بعده فى بطلان حكم العقد وعوده إذا عاد خلا، لا فى عدم ثبوت الخيار أيضا، ولو مات المرهون فدبغ المالك أو غيره جلده لم يعد رهنا لأن ماليته حدثت بالمعالجة، ولا نظر لكون الخل قد يحدث بها فإنه نادر، ولو أعرض عنه المالك ملكه دابغه وخرج عن الرهن كما قاله الأذرعى، وعلم مما تقرر صحة رهن العصير مطلقا وإن كان قابلا للتخمر (وليس للراهن المقبض تصرف) مع غير المرتهن بغير إذنه (يزيل الملك) كبيع وهبة ووقف إذ لو صح لفاتت الوثيقة، فإن كانت معه أو بإذنه صحت كما سيأتى. نعم له قتله قودا ودفعا،

والمغمى عليه خلافا للبندنيجى فى عدم بطلانه أو بعد الإذن وقبل القبض لم يبطل إذنه الخ اهـ. لكن فى دعوى البطلان قياسا على المجنون نظر. فإن الرهن لايبطل بالجنون بل يقوم ولى المجنون مقامه فى الإقباض فما فى الأصل هو الصواب. وعليه فينبغى أن يقوم الحاكم مقامه فى الإقباض أو الإذن فى القبض (قوله لم يبطل إذنه) وهذا بخلاف مامر فى الجنون حيث يبطل به الإذن على مامر من قوله فى شرح قول المصنف ممن يصح عقده مانصه: ولا من مرتهن أذن له الراهن أوأقبضه فطرأ له ذلك: أى الجنون أو الإغماء قبل قبضه اهـ. ولعل الفرق بينهما أنه بالجنون والإغماء خرج عن الأهلية بخلاف الخرس (قوله وأما فى التخمر والإباق) أى والجناية كما صرح به حج حيث قال: وأما فيهما: أى التخمر والإباق كالجناية فلأنه يغتفر الخ (قوله لكن مادام الخ) استدراك على مافهم من عدم بطلان الرهن بالتخمر والإباق (قوله باطل) قضيته أنه ليس للمرتهن منع الراهن من أخذه إذا أراده، لكن قال سم على المنهج: إن له المنع: أى لاحتمال التخلل (قوله استأنف القبض) أى بأن يسترده الراهن ثم يعيده للمرتهن أو يأذن له فى قبضه عن جهة الرهن ويمضى زمن يمكن فيه القبض (قوله وإن تخلل لنقص) يؤخذ منه أنه لاخيار لو لم تنقص قيمته بالتخلل (قوله بعده) أى القبض (قوله لا فى عدم ثبوت الخيار) أى فيثبت للمشترى الخيار لأن الخمر فى يد البائع عيب حدث قبل القبض وهو يثبت الخيار فيه، ولا كذلك الرهن فإنه لايدخله خيار (قوله فدبغ المالك) انظر مالو اندبغ بنحو إلقاء ريح على دابغ إلا أن يقال من شأنه المعالجة اهـ سم على حج (قوله قد يحدث بها) أى المعالجة (قوله فإنه نادر) يؤخذ منه أنه لانظر لاندباغ الجلد بإلقاء ريح لأنه نادر وهو موافق لما ترجاه سم (قوله ولو أعرض عنه المالك) أى قبل الدبغ، وقضيته أنه لو لم يعرض عنه لايملكه الآخذ بالدبغ، ويوجه بأن اختصاص المالك لم يزل فأشبه ما لو غصب اختصاصا وأراد التصرف فيه فإنه يمتنع عليه لبقاء حق ذى اليد، لكن قضية قوله فدبغه المالك أو غيره لم يعد رهنا خلافه إلا أن يقال: لايلزم من عدم عود الرهن ملك الدابغ له بل فعله ينزل منزلة فعل الراهن فى بطلان الرهن به وحصول الملك فيه للراهن لأنه أثر اختصاصه (قوله وخرج) أى الجلد (قوله مطلقا) قابلا للتخمر أولا (قوله ووقف) ظاهره ولو على

هنا مضاف إلى مفعوله: أى إذا لم يقبضه الراهن المرهون (قوله لاغتفار ما يقع فى الدوام) كان الأولى عطفه على

وكذا لنحو ردة إذا كان واليا (لكن) مع قولنا لايصح تصرفه (فى إعتاقه) أى الراهن المالك وإعتاق مالك جانيا تعلق أرش الجناية برقبته تبرعا أوغيره (أقوال أظهرها ينفذ) بالمعجمة فى الحال (من الموسر) بقيمة المرهون ، بل بحث البلقينى اعتبار يساره بأقل الأمرين من قيمة المرهون ومن قدر الدين وهو كما قال الزركشى التحقيق . أما المعسر فلا لأنه عتق يبطل به حق الغير ففرق فيه بين المعسر والموسر كعتق الشريك ، فإن أيسر ببعضها عتق بقدر ما أيسر بقيمة وإقدام الموسر على عتق المرهون جائز كما اقتضاه نص الشافعى كما قاله البلقينى وغيره واقتضاه أيضا كلام الرافعى وغيره فى باب النذر ، وإن نقل عن الأم فى بحث التنازع فى جناية المرهون امتناع إقدامه عليه . والثانى ينفذ مطلقا ويغرم المعسر إذا أيسر القيمة وتصير رهنا والثالث لاينفذ مطلقا (و) على الأول (يغرم قيمته يوم) أى وقت (عتقه وتصير رهنا) أى مرهونة ولو فى ذمته كأرش الجناية فى ذمة الجانى كما قاله ابن النقيب وغيره

المرتهن ، وقياس جواز بيعه له صحة وقفه عليه . قال المناوى : وهو مأخوذ من كلامهم كذا نقل عنه ، وينبغى أن محله إذا قبل الموقوف عليه الوقف ، ولعله لم يصرح به بناء على المعتمد من أن الوقف على معين يشترط لصحته قبوله هذا وقد يقال : يمكن أن يفرق بين البيع والوقف بأن القبول فى الوقف ليس على الفور ، وقد يريد الواقف التصرف فيه قبل القبول فيرفع أمره للحاكم فيحكم بصحة الوقف من غير قبول فيفوت غرض المرتهن من التوثق ، وقد لايكون له غرض فى الوقف لتعين المرهون لتوفية الثمن بأن لايكون للواقف مايوفى منه الدين غير المرهون فليتأمل (قوله لنحو ردة)من النحو قطعه للطريق وتركه للصلاة بعد أمر الإمام (قوله تبرعا أو غيره) أى بأن أعتق عن كفارة نفسه على ما يأتى (قوله بقيمة المرهون) هل اليسار يتبين بما فى الفطرة أو بما فى الفلس أو بما فى نفقة الزوجة والتقريب ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول (قوله وهو كما قال الزركشى التحقيق الخ) ظاهره وإن كان الدين مؤجلا واه وجه ظاهر ، واعتبر حج فى المؤجل القيمة مطلقا ، وفى كلام شيخنا الزيادى أن البلقينى تناقض كلامه ففى موضع قال : إن رهن بمؤجل اعتبرت قيمته أو بحال اعتبر أقل الأمرين ، وفى آخر قال : المعتبر أقل الأمرين مطلقا اه . والإطلاق معتمد (قوله بقدر ما أيسر به) أى الجزء الذى أيسر به الخ (قوله جائز) أى فلا يحتاج لاستثناء انعقاد نذره من عدم انعقاد نذر المعصية اه سم على حج (قوله امتناع إقدامه) أى ومع ذلك ينعقد نذره ولا يخالفه ماتقدم عن سم من أنه لايحتاج لاستثناء انعقاد نذره لأنه يفيد أنه حيث قلنا بالجواز لم يستثن ، وإن قلنا بعدم الجواز استثنى انعقاد نذره من المعصية فيتحصل منه انعقاد نذره مطلقا (قوله وتصير رهنا) أى بلا إنشاء عقد قاله الإمام اه محلى . وسيأتى ذلك فى قوله وقد علم أنها الخ (قوله ولو فى ذمته) هو ظاهر فى المقيس عليه وهو الجانى ، فإن من فوائده أنه لايصح إبراء الرهن منه نظرا لحق المرتهن ، وأما الحكم على قيمة العتيق فى ذمة الجانى بالرهن فلم تظهر له فائدة إذ الحق لم يتعلق بعين من أعيان ماله حتى تكون مرهونة ويستوفى منها عند تعذر الوفاء ويقدم المرتهن بها عند تزاحم الغرماء ، وقد يقال إن من فوائده أنه إذا مات الراهن يقدم المرتهن من تركته

ما قبله بالواو لأنه علة ثانية غير القياس بل هى التى اقتصر عليها فى التحفة (قوله بقيمة المرهون) سكت عن حكم الجانى فليراجع (قوله وهو كما قال الزركشى التحقيق) ومع ذلك معتمد الشارح ما جزم به أولا كما يعلم من صنيعه (قوله ولو فى ذمته) هذا لايتأتى غاية فى المتن لأنه مفروض فيما بعد الغرم بالفعل كما يدل لذلك تعبيره بيغرم وهو الذى يلاقيه التخيير الآتى كما لايخفى ، وعبارة الروض وشرحه : وغرم قيمته : أى وقت إعتاقه ، وتصير من حين غرمها رهنا ، إلى أن قال فى المتن ، أو تصرف فى قضاء دينه إن حل انتهت ، فكان على الشارح أن لايأخذ ما فى

وهوظاهر ، إذ لايظهر فرق بين قيمة العتيق وقيمة المجنى عليه . نعم يشترط قصد دفعها عن جهة الغرم فسائر الديون، فلوقال قصدت الإيداع صدق بيمينه وقد علم أنها لاتحتاج لعقد وإن حل الدين وهو مراد من عبر بأنها تجعل رهنا، هذا إن لم يحل الدين ، وإلا فبحث الشيخان أنه يخير بين غرمها وصرفها فى قضاء الدين ، وهو أوجه مما نقلاه عن العراقيين من أنه لامعنى للرهن فى ذلك ، وشمل كلامه فى حالة نفوذ عتقه مالوكان عن كفارته ، بخلاف كفارة غير المرتهن بسؤاله لأنه بيع إن وقع بعوض وإلا فهبة وهو ممنوع منهما من غير المرتهن . ولا يرد على ذلك إعتاق وارث الراهن المرهون عن مورثه وإعتاق وارث المديون عبد التركة مع كونه مرهونا عن مورثه لأن الوارث خليفة مورثه ففعله كفعله فى ذلك ولأن الكلام فى إعتاق الراهن بنفسه وفى الرهن الجعلى لاغيرهما ، ثم ظاهر أن الإعتاق عن المرتهن جائز كالبيع منه (وإن لم ننفذه) لكونه معسرا (فانفك) الرهن بإبراء أو غيره (لم ينفذ فى الأصح) لأنه أعتقه وهو لايملك إعتاقه فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بالسفه ثم زال عنه الحجر . والثانى ينفذ لزوال المانع . وعلى الأول لو بيع فى الدين ثم ملكه لم يعتق أيضا كما فهم بطريق الأولى ، ولو استعار من يعتق عليه ليرهنه فرهنه ثم ورثه فالأوجه من ثلاثة احتمالات أنه إن كان موسرا عتق وإلا فلا رعاية لحق المرتهن ،

بقدر قيمة الرقيق وأنه إذا حجر عليه بفلس يقدم المرتهن على غيره من الغرماء بالقيمة أيضا فليراجع (قوله نعم يشترط الخ) استدراك على قوله وتصيير رهنا الخ (قوله صدق بيمينه) قضيته أنها تكون واقعة عن جهة الغرم عند الإطلاق ، وعليه فقوله يشترط قصد دفعها المراد منه أنه لايصرفه عن جهة الغرم (قوله وقد علم) أى من كلام المصنف ومما قرره من أنه يشترط قصد فعلها عن جهة الغرم (قوله أنها) أى القيمة : أى كونها مرهونة (قوله هذا) أى كون القيمة تصير رهنا (قوله وإلا) أى بأن حل (قوله أنه يخير بين غرمها) أى لتكون رهنا وبين صرفها الخ ، وتظهر فائدة ذلك فيما إذا كان الدين من غير جنس القيمة (قوله وهو) أى التخيير (قوله فى حالة نفوذ عتقه) بأن كان موسرا (قوله مالوكان عن كفارته) أى الراهن وسيأتى إعتاقه عن المرتهن (قوله بسؤاله) مفهومه أنه إن أعتق عن كفارة غيره بلا سؤال نفذ، لكن عبارة حج : أما عتقه عن كفارة غير المرتهن فيمتنع لأنه بيع أو هبة وعتقه تبرعا من غير المرتهن باطل لذلك أيضا ، وفى تعليل بطلان إعتاقه تبرعا بما ذكره نظر لأنه بدون سؤاله لايكون بيعا ولا هبة ، فلعل المراد بالإعتاق تبرعا أنه بسؤال من الغير لكنه لاحاجة إليه حينئذ لأنه من الهبة وقد تقدمت ، لكن ما أفاده من البطلان بغير سؤال ظاهر لأن مايفتقر إلى نية لايجوز فعله عن غيره إلا بإذن ، ولعل الشارح إنما قيد بالسؤال لأنه الذى يمكن فيه تصحيح التكفير عن الغير ، هذا وما ذكر من المنازعة فى التعليل إنما يظهر إذا كانت النسخة باللام فى قوله لذلك بخلاف ما إذا كانت بالكاف (قوله وهو) أى الراهن (قوله خليفة مورثه) أى وعتقه نافذ حيث أيسر (قوله أن الإعتاق عن المرتهن) أى ولو بعوض لأن غايته أنه بيع أو هبة وهما جائزان من المرتهن لأن قبوله لذلك منزل منزلة إذنه (قوله إن كان موسرا) أى بعد دخوله فى

الذمة غاية فى المتن بل يجعله حكما مقتضيا كما صنع غيره (قوله نعم يشترط) أى لتعينها للرهنية (قوله وهو مراد من عبر الخ) يعنى قول المصنف وتصيير رهنا (قوله بسؤاله) إنما قيد به لأنه شرط لصحة التكفير عن الغير مطلقا فهو الذى يتوهم فيه الصحة ، وأيضا ليتأتى تعليله بقوله لأنه بيع الخ . أما الإعتاق عن الغير بغير سؤاله فعلوم أنه لايصح وإن كان العتيق غير مرهون (قوله وعلى الأول) قيد مضر إذ هو على الثانى كذلك فهو ليس من محل الخلاف ، وعبارة التحفة : نعم إن بيع فى الدين ثم ملكه لم يعتق جزما ، قال : وقد لايرد عليه : أى على المتن لأنه

ويؤيده ما يأتى فى الوصية من أن المريض لو اشترى قريبه فى مرضه وعليه دين لم يعتق عليه رعاية لحق صاحب الدين (ولو عاقه) أى عتق المرهون فى حال الرهن بفكاك الرهن وانفك عتق إذ لم يوجد حال الرهن إلا التعليق ولا يضرّ، أو علقه(بصفة) أخرى كقدوم زيد فوجدت وقد انفك الرهن بأن انفك مع وجودها أو قبله عتق أيضا لما مر ، أووجدت (وهو رهن فكالإعتاق) فيما مر، فيفرق فيه بين الموسر وغيره لأن التعليق مع وجود الصفة كالتنجيز ، ولو رهن نصف رقيقه ثم طلق عتق نصفه فإن أعتق نصفه المرهون عتق مع باقيه إن كان موسرا أو غير المرهون، أو أعتق غير المرهون من الموسر وغيره وسرى إلى المرهون على الموسر فما قيل إنه احترز بالإعتاق عن هذه غير صحيح إلا أن يراد بالنسبة للخلاف ، ولو كان للمبعض دين على سيده فرهن عنده نصفه صح ، ولا يجوز أن يعتقه إذا كان معسرا إلا بإذنه ، فإن كان موسرا نفذ بغير إذنه كالمرتهن الأجنبي (أو) وجدت (بعده) أى بعد فكاك الرهن نفذ العتق (على الصحيح) والثانى يقول التعليق باطل كالتنجيز فى قول (ولا) يصح (رهن لغيره) أى غير المرهون عنده لمزاحمته حق الأول فيفوت مقصود الرهن نعم يجوز بإذن المرتهن ، قاله فى البيان وغيره : يعنى أنه ينفسخ الأول ويصح الثانى . وقوله لغيره ليس بقيد فإنه لايصح رهنه منه بدين آخر كما مر (ولا التزويج)

فى ملكه وقيمته يوم الإعتاق ماتقدم(قوله ويؤيده) أى ما بعد إلا (قوله فى حال الرهن) لم يبين مالو علق عتقه قبل الرهن بصفة يعلم حلول الدين قبلها فحل الدين واتفق أن المرهون لم يبع فوجدت الصفة وهو رهن . وفى ع مانصه : قوله عتق المرهون خرج مالو كان التعليق سابقا على الرهن فإن الرهن باطل كما سبق اه سم . ثم ماذكره المصنف شامل لما لو علق بصفة توجد قبل حلول الدين أو بعده أو معه يقينا أو احتمالا وهو ظاهر ، فبتقدير وجودها قبل حلول الدين أو بعده وقبل بيع العبد ينزل منزلة الإعتاق فيفصل بين كون المعلق موسرا أو معسرا (قوله لما مر) أى من قوله ولا يضر (قوله كالتنجيز) زاد حج : لامن المعسر بل ينحل اليمين فلا يؤثر وجودها بعد الفك اه (قوله إن كان موسرا) أى فإن لم يكن موسرا لم يعتق منه شىء لأن إعساره يمنع من عتق المرهون ونصيبه الذى لم يرهن إنما يعتق بالسراية وهى لم توجد لإعساره (قوله فرهن) أى السيد (قوله عنده) أى المبعض لأن فى عتقه تفويتا لتعلق دينه بالجزء الرقيق منه (قوله نصفه) أى نصف نفسه (قوله ولا يجوز) أى يحرم ولا يصح (قوله إلا بإذنه) أى المبعض(قوله كالمرتهن) واعلم أن قبض المرهون فى هذه الصورة ينبغى أن يحصل بمجرد الإذن فيه وبلوغ الإذن له لأنه فى يد نفسه فلا يتوقف حصول القبض على زيادة على ذلك اه سم على حج (قوله بعده) أى أو معه (قوله أنه ينفسخ الأول) أى برهنه عند الثانى (قوله بدين آخر كما مر) أى قبل فسخ الأول بخلافه بعده فإنه يصح ، ويفيد ذلك كلام سم على حج حيث قال : والمعتمد عند شيخنا الشهاب الرملى أنه لايصح الرهن من المرتهن بدين آخر إلا بعد فسخ الأوّل فلا يكفى الإطلاق ، بخلاف رهنه من آخر بإذن المرتهن فإنه يصح ويكون فسخا للأول وإن لم يتقدم فسخ اه . وقول المصنف : ولا الإجارة قال سم على حج : لايخفى أنه حيث جازت الإجارة جازت الإعارة بالأولى ، لكن هل يجوز مطلقا لإمكان الرجوع فيها متى شاء أو على تفصيل الإجارة

إذا بيع فى الدين لايقال حينئذ إن الرهن انفك انتهى (قوله وقد انفك الرهن بأن انفك مع وجودها الخ) لاحاجة إليه لأنه سيأتى فى المتن . نعم فيه زيادة مسئلة المعية (قوله ولو رهن نصف رقيقه الخ) هذا محله عقب قول المصنف وتصير رهنا كما أورده هناك الشهاب حج فى تحفته ، واقتصر فى إيراده على ما لو أعتق النصف الغير المرهون لأنه محل الإيراد ، فلعل من أورده يدعى أنه لايعتق النصف المرهون مطلقا (قوله يصح) الذى حل به المتن غير مناسب

من غيره لأنه يقلل الرغبة وينقص القيمة سواء العبد والأمة والخلية عند الرهن والمزوجة فإن زوج فالنكاح باطل لأنه ممنوع منه قياسا على البيع ، واحترز بذلك عن الرجعة فإنها تصح لتقدم حق الزوج (ولا الإجارة) من غيره (إن كان الدين حالا أو يحل قبلها) أى قبل مدتها لأنها تنقص القيمة وتقلل الرغبات كذا أطلقه الجمهور ، وقضية كلام التتمة البطلان فيما جاوز المحل فقط تفريقا للصفقة ، واختاره جمع متأخرون كالسبكى والأذرعى ، ويؤيده ما فى الهدنة ، وقد يفرق بأن الإجارة هنا لما وقعت مجاوزة للمحل كانت مخالفة لما أذن له فيه شرعا فبطلت من أصلها نظير ما مر فيما لو استعار شيئا ليرهنه بعشرة فرهنه بأكثر ، وفى إجارة ناظر الوقف بأزيد مما شرطه الواقف ، وكتصرف الوكيل فى أزيد مما أذن له فيه الموكل ، أما إذا كان يحل بعد انقضائها أو معه فإنها تصح إن كان المستأجر عدلا أو رضى المرتهن بيد غير العدل وكالمستأجر المستعير ، فإن احتمل التقدم والتأخر والمقارنة أو اثنين منها بأن يؤجره على عمل معين كبناء حائط صح كما اقتضاه كلام المصنف كالروضة وهو المعتمد ، ويوجه وإن نظر فيه الأسنوى بأنها إنما امتنعت لنقصها القيمة وذلك غير محقق لعدم تحقق سببه ، وعلم مما تقرر من امتناع كل انتفاع يضر أن الصورة هنا أن الإجارة لاتؤثر نقصا فى القيمة كبناء ، وأن تفريغ المأجور لايطول زمنه بعد الحلول ولا تبطل بالحلول بموت الراهن كما رجحه الزركشى وغيره لوقوعها صحيحة ابتداء بل يصبر المرتهن إلى انقضائها ويضارب مع الغرماء ثم بعد انقضائها يقضى ما فضل له من المرهون ، فإن فضل منه شىء فللغرماء ، أما الإجارة من

أم كيف الحال؟ فيه نظر اهـ . أقول : ينبغى الجواز مطلقا لانتفاء العلة وهى قوله لأنها تنقص القيمة الخ (قوله والمزوجة) أى بأن كانت مزوجة وطلقت (قوله فالنكاح باطل) أى ثم إن وطىء الزوج فعليه المهر ، ولا حد إن جهل فساد النكاح كالأمة وإلا فعليه الحد ، ولا مهر لها إن علمت فساده إن لم يكن ثم من يقول بصحة التزويج وإلا فيجب المهر ولا حد مطلقا (قوله فبطلت) معتمد (قوله بأزيد) الأولى إسقاط الباء لأن الكلام فيما لو اشتمل العقد على مايجوز وما لايجوز ، وأما على نسخة الباء فالمعنى أن الواقف إذا شرط أن يؤجر بقدر فآجر بأكثر منه بطلت الإجارة وهو بعد تسليمه ليس مما الكلام فيه (قوله إذا كان) أى الدين (قوله فإنها تصح) ظاهره الصحة وإن احتاج بعد فراغ المدة لزمن تنقل فيه الأمتعة يقابل بأجرة ، وعبارة حج : أو معه ولو احتمالا فيجوز إن لم تنقص بها قيمة المرهون ولم تمتد مدة تفريغه لما بعد الحلول زمنا له أجرة اهـ . وقضية ذلك أن الإجارة إذا كانت تنقضى بعد حلول الدين بزمن لايقابل بأجرة لم يصح ، وعليه فيمكن الفرق بينه وبين مالو كانت تنقضى معه ويتوقف تفريغ الأمتعة على مدة لاتقابل بأجرة بأنها إذا بقيت الإجارة لما بعد حلول الدين كانت منفعة تلك المدة مستحقة للمستأجر فتبقى اليد له حائلة بين المرتهن وبينها إذا أراد البيع ، ولا كذلك ما إذا انقضت الإجارة مع حلول الدين (قوله وكالمستأجر المستعير) أى فى صحة إعارته إن كان عدلا أو رضى به المالك (قوله بأن يؤجره) أى المرهون (قوله كبناء) أى كالإجارة لبناء بأن آجر العبد المرهون ليبنى جدار الغير (قوله ويضارب مع الغرماء)

لأن قول المصنف ولا رهنه معطوف على تصرف يزيل الملك من قول المصنف وليس له تصرف الخ (قوله واحترز بذلك عن الرجعة) فيه مسامحة لأن الكلام فيما يمتنع على الراهن ، وقد يصور بكون الراهن هو الزوج بأن استعار زوجته الأمة ورهنها وطلقها وراجعها (قوله لما وقعت مجاوزة للمحل كانت مخالفة الخ) هذا يجرى بعينه فى الهدنة فلا يحسن فرقا . نعم قد يفرق بأنه إنما بطل فى الهدنة فى الزائد فقط لما يلزم على بطلانها من أصلها من المفسدة العامة إذ هى من مصالح المسلمين العامة فليتأمل (قوله وعلم مما تقرر) يعنى فى كلامهم وإلا فهو لم يقرر ما يعلم منه ذلك (قوله كبناء) تمثيل لما يورث نقصا كما يعلم مما يأتى فى كلامه

المرتهن فصحيحة ويستمر الرهن (ولا الوطء) أو الاستمتاع بكرا أو ثيبا ولو ممن لاتحبل حذرا من الحبل فيمن تحبل وحسما للباب فى غيرها . نعم لو خاف الزنا لولم يطأها فله وطؤها فيما يظهر لأنه كالمضطر قاله الأذرعى ، وما ذكره من أن الظاهر فيما لو استعار زوجته الأمة ورهنها وكانت حاملا منه أن له وطأها مادامت حاملا وإن اشتراها بعد أن رهنها لفقد المحذور جاز على غير مرجح الشيخين ، أما على مرجحهما فيحرم عليه وطؤها مطلقا ، وخرج بالوطء بقية التمتعات فلا تحرم عليه كما جزم به الشيخ أبو حامد وجماعة منهم الرافعى فى الاستبراء ، وقال الرويانى وغيره بحرمتها أيضا خوف الوطء ، وقد جمع الشيخ بينهما بحمل الثانى على مالو خاف الوطء ، والأول على ما لو أمنه وهو ظاهر (فإن وطئ) راهنها المالك لها ولو مع علمه بالتحريم فلا حد عليه ولا مهر ؛ وإذا أحبل (فالولد حر) نسيب لأنها علقت به فى ملكه وعليه أرش البكارة إن افتضها لإتلافه جزءا من المرهون ، فإن شاء قضاه من الدين أو جعله رهنا ويعزر العالم بالتحريم (وفى نفوذ الاستيلاد) من الراهن للمرهونة ومثله سيد الجانية (أقوال الإعتاق) السابقة أظهرها ينفذ من الموسر دون المعسر ويفعل فى قيمتها مامر ويباع على المعسر منها بقدر الدين وإن نقصت بالتشقيص رعاية لحق الإيلاد ، بخلاف غيرها من الأعيان المرهونة بل يباع كله دفعا للضرر عن المالك ، لكن لايباع شىء من المستولدة إلا بعد وضع ولدها إذ هى حامل بحر بل وبعد أن تسقيه اللبأ ويوجد من يستغنى به عنها لئلا يسافر بها المشترى فيهلك ولدها . وقياس مامر فى إجارتها أن للمرتهن أن يضارب مع الغرماء فى مدة الصبر ، فإن استغرقها الدين أوعدم مشترى البعض بيعت كلها بعد ماذكر للحاجة إليه فى الأولى وللضرورة فى الثانية ، وإذا بيع بعضها أو كلها عند وجود مرضعة فلا يبالى بالتفريق بينها وبين الولد لأنه حر وليس

أى الآن (قوله وحسما) أى سدا (قوله فى غيرها) أى ولو قطع بعدم حملها كبنت ثمان سنين مثلا (قوله نعم لو خاف الزنا الخ) وهل يصدق فى ذلك حتى يجب على المرتهن تمكينه من ذلك أولا ويكون الجواز له بالنسبة لما بينه وبين الله عز وجل ؟ فيه نظر ، ولايبعد تصديقه إذا دلت القرينة بأن ظهر من حاله شدة الشبق ولم تعلم له قوة ديانة تمنعه ، ونقل عن بعضهم بالدرس أنه لايصدق إلا بإخبار طبيبين وفيه نظر ، فإن خوف الزنا لايكون إلا عند رقة الديانة كما صرحوا به فى نكاح الأمة حيث قالوا فى ضابط خوف الزنا وقويت شهوته وضعف تقواه ، والأطباء لادخل لهم فى معرفة ذلك فالظاهر التعويل على القرينه (قوله فله وطؤها) فلو حبلت هل ينفذ وقياس الجواز النفوذ اهـ سم على حج . وقد يمنع لأن مجرد الاضطرار يسقط حرمة الوطء ولا يلزم منه تفويت حق المرتهن بل القياس أنه إن كان موسرا نفذ وإلا فلا كما لو وطئ بلا إذن ، وظاهر إطلاق الشارح أنه لايكلف العزل وهو ظاهر لأن فى ذلك مشقة على الواطئ (قوله فيحرم عليه وطؤها) أى الزوجة (قوله مطلقا) حاملا أم لا (قوله فلا تحرم عليه) أى الزوج معتمد (قوله وهو ظاهر) لكن يتأمل الفرق على هذا بينه وبين السيد حيث قيل فيه بحرمة الاستمتاع وإن لم تحبل وظاهره وإن أمن الوطء ولعله استحقاق الزوج الوطء بالزوجية وليس لها تعلق بالرهن فتوسع فيما تعلق به بل كان القياس جواز وطئه لكن عبارة حج بعد قول المصنف ولا الوطء أو الاستمتاع أو الاستخدام إن جر لوطء وعليه فلا فرق بين استمتاع الزوج والسيد (قوله مامر) أى من أنها تكون رهنا إن كان الدين مؤجلا وأنه يخير بين غرمها وقضاء الدين بها إن كان حالا (قوله بل يباع كله) أى حيث لم يختر المالك بيع

(قوله أوالاستمتاع) أى إن جر إلى وطء كما يعلم مما يأتى المغنى عما هنا (قوله وخرج بالوطء) أى فى كلام

للراهن أن يهبها للمرتهن ، بخلاف البيع لأن البيع إنما جوز للضرورة ولا ضرورة إلى الهبة ، ولو مات الراهن قبل بيعها فإن أبرأ المرتهن عن الدين أو تبرع أجنبي بأدائه عتقت ، وإن لم يتفق ذلك فهل نقول هي موروثة أو الأمر فيها موقوف ، أو نقول لا ميراث ظاهر فإذا بيعت ثبت الميراث ؟ يحتمل آراء أقربها الأخير فلو اكتسبت بعد موت المستولد وقبل بيعها فإن أبرأ المرتهن أو تبرع أجنبي فكسبها لها وإن بيعت تبين أن الكسب للوارث خاصة (فإن لم ننفذه) لإعساره (فانفك) الرهن من غير بيع (نفذ) الاستيلاد (فى الأصح) بخلاف نظيره فى الإعتاق لأنه قول يقتضى العتق فى الحال فإذا رد لغا ، والإيلاد فعل لا يمكن رده وإنما يمنع حكمه فى الحال لحق الغير ، فإذا زال حق الغير ثبت حكمه بدليل مالو بيعت فى الرهن ثم ملكها فإنه ينفذ إيلادها ، ولو ملك بعضها فهل يسرى لباقيها ؟ الأوجه نعم كمن ملك بعض من يعتق عليه (فلو ماتت) هذه الأمة التى أولدها الراهن (بالولادة) أو نقصت بها وهو معسر حال الإيلاد ثم أيسر (غرم قيمتها) وقت الإحبال فى الأولى وتكون (رهنا) من غير إنشاء عقد مكانها ، والأرش فى الثانية يكون رهنا معها كذلك (فى الأصح) لتسببه فى هلاكها ونقصها بالإحبال بغير استحقاق ، وله صرف ذلك فى قضاء دينه ، والثانى لا غرم لبعد إضافة الهلاك أو النقص إلى الوطء ، ويجوز كونه من علل وعوارض وموت أمة الغير بالولادة عن وطء شبهة يوجب قيمتها لما مر لا من وطء زنا ولو بإكراه لأنها لا تضاف إلى وطئه ، إذ الشرع قطع النسب بينه وبين الولد ، ولا ينافى ذلك ما سيأتى فى الغصب أن الغاصب لو أحبل الأمة المغصوبة ثم ردها إلى مالكها فماتت بالولادة ضمن قيمتها لأن صورته أنه حصل مع الزنا استيلاء تام عليها بحيث دخلت فى ضمانه ، ولو وطئ حرة بشبهة فماتت بالولادة لم تجب عليه ديتها لأن الوطء سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان فى الأمة لأن الوطء سبب الاستيلاء عليها والعلوق من آثاره وأدمنا بها اليد والاستيلاء والحرة لا تدخل تحت اليد والاستيلاء ، ولا شىء عليه فى موت زوجته أمة كانت أو حرة بالولادة لتولده من مستحق (وله) أى للراهن (كل انتفاع لا ينقصه) أى المرهون ، والأفصح تخفيف القاف ، قال تعالى ـ ثم لم ينقصوكم ـ ويجوز تشديدها (كالركوب) والاستخدام ولو للأمة ، لكن قال فى الكفاية : إذا منعنا الوطء فليس استخدامها حذرا منه ، ويساعده قول الرويانى : يمنع من الخلوة بها ، وحينئذ فيستثنى من إطلاق المصنف

قدر مايوفى بالدين ووجد من يشتريه (قوله للراهن أن يهبها) أى المستولدة (قوله للمرتهن) أى ولا غيره لأنها تعلق بها حق العتق (قوله فلو اكتسبت) تفريع على الأخير (قوله فإنه ينفذ ايلادها) أى من الآن : أى لا أنه يتبين عتقها بالموت لأنا حكمنا بصحة بيعها ، وينبنى على ذلك أكسابها ورق أولادها الحاصلة من نكاح أو زنا (قوله ولو ملك) أى بعد بيعها فى الدين (قوله نعم) أى حيث كان موسرا بقيمة الباقى والا فبقدر ما أيسر بقيمته (قوله والأرش فى الثانية) هو قوله أو نقصت بها الخ (قوله معها كذلك) أى من غير انشاء عقد (قوله وله صرف ذلك) أى القيمة أو الأرش (قوله لا من وطء) هى بمعنى عن (قوله ولو بإكراه) أى على الزنا بها من غيره (قوله ولو أحبل الأمة) أى زنا (قوله ضمن) أى الغاصب (قوله أو حرة بالولاده) خرج بها مالو مات بنفس الوطء فعليه قيمتها إن كانت أمة وديتها دية خطأ إن كانت حرة وإن سبق منه الوطء مرارا ولم تتألم منه ، وإذا اختلف الواطئ والوارث فى ذلك فالمصدق الواطئ لأن الأصل براءة ذمته وعدم الموت به بل هو الغالب (قوله أى للرهن) وينبغى أن مثله معيره فله ذلك فيها يظهر (قوله والاستخدام ولو للأمة) معتمد (قوله حذرا منه) أى الوطء

المصنف لا فى كلام الأذرعى خلافا لما وقع فى كلام الشيخ حيث فهم الثانى حتى رتب عليه ما فى حاشيته (قوله أن يهبها) أى المستولدة (قوله تخفيف القاف) أى مع فتح الياء

هذا والأوجه خلافه إلا أن يحمل على ما إذا غلب على الظن وقوع الوطء بسببه (والسكنى) لخبر البخارى « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا » وخبر « الرهن مركوب ومحلوب » رواه الدارقطنى وصححه ، وقيس على ذلك ما أشبهه كلبس وإنزاء فحل على أنثى يحل الدين قبل ظهور حملها أو تلد قبل حلوله ، بخلاف ما إذا كان يحل قبل ولادتها وبعد ظهور حمله فليس له الإنزاء عليها لامتناع بيعها دون حملها لأنه غير مرهون ، وإذا أخذ الراهن المرهون للانتفاع الجائز فتلف فى يده من غير تقصير فلا ضمان كما صرح به الرويانى فى البحر ، فلو ادعى رده على المرتهن فالصواب أنه لا يقبل كالمرتهن لا يقبل دعواه الرد بيمينه مع أن الراهن ائتمنه باختياره ، فكيف يمكن أن يكون الراهن على العكس مع أن المرتهن مجبر على الدفع إليه شرعا (لا البناء والغراس) فى الأرض المرهونة لأنهما ينقصان قيمة الأرض. نعم لو كان الدين مؤجلا وقال أنا أقلع عند حلول الأجل فله ذلك: أى إن لم يورث قلعهما نقصا ولم تطل مدته بحيث يضر بالمرتهن كما هو ظاهر ، وبحث الأذرعى استثناء بناء خفيف على وجه الأرض باللبن كمظلة الناطور لأنه يزال عن قرب كالزرع ولا تنقص القيمة به ، وله زراعة مايدرك قبل حلول الدين أو معه كما بحثه الشيخ إن لم ينقص الزرع قيمة الأرض إذ لا ضرر على المرتهن ، وحكم البناء والغراس وإن عرف كالذى قبلهما مما مرّ ، لكن أعاده ليبنى عليهما ما بعد ذلك ، وحينئذ فإذا حلّ الدين قبل إدراكه لعارض تركه إلى الإدراك (فإن) كان قيمتها تنقص بذلك الزرع أو كان الزرع مما يدرك بعد الحلول أو (فعل) البناء أو الغراس

(قوله والأوجه خلافه) يتأمل هذا مع ما يأتى فى قوله ولا يجب تمكينه من الأمة للخدمة إلا إن أمن غشيانه لها لكونه محرما الخ . وقد يقال : كلامه هنا فى جواز استخدامه وما يأتى فى وجوب تمكين المرتهن له من استخدامها ، ولا يلزم من منع المرتهن من تمكينه منها حرمة استخدامه لو وقع ، وكتب أيضا قوله والأوجه خلافه : أى فيستخدم الأمة ولو خاف الوطء (قوله وإنزاء فحل على أنثى) أى مرهونة (قوله فلا ضمان) أى لشىء بدله يكون رهنا مكانه ويصدق فى أنه لم يقصر لأن الأصل عدم الضمان (قوله فلو ادعى) أى الراهن (قوله لا البناء) عطف على كل (قوله والغراس) الأولى الغرس لأنه المصدر لغرس ، بخلاف الغراس فإنه اسم لما يغرس ، ثم رأيته فى نسخة صحيحة كذلك (قوله ينقصان قيمة الأرض) قضيته امتناع ذلك وإن وفت قيمة الأرض مع النقص بقدر الدين ، ولو اعتبر نقص يؤدى إلى تفويت حق المرتهن لم يكن بعيدا اهـ (قوله فله ذلك) أى قهرا (قوله استثناء بناء) أى فلا يتوقف على إذن ولا يفترق فيه الحكم بين الحالّ والمؤجل (قوله الناطور) أى الحافظ للزرع ونحوه ، وفى المختار الناطر والناطور حافظ الكرم والجمع الناطرون والنواطير (قوله مايذكر قبل حلول الدين) أى بحسب العادة المتعارفة (قوله لكن أعاده) أى هذا الحكم

(قوله هـذا والأوجه خلافه) وسيأتى أنه لا يجب تمكينه من الأمة للخدمة إلا أن أمن غشيانه لها (قوله بحيث يضرّ بالمرتهن) أى بأن كان يقابل بأجرة كما فى كلام غيره (قوله فإذا حلّ الدين قبل إدراكه) كان الأولى تقديمه على قوله وحكم البناء والغراس الخ (قوله فإن كانت قيمته تنقص بذلك الزرع أو كان الزرع مما يدرك بعد الحلول) أى وفعله مع منعه منه الذى أفهمه قوله المار ، وله زراعة مايدرك قبل الحلول الخ فقد اكتفى هنا عن جواب إن بالنسبة للزرع الذى زاده على المتن بما علم من كلامه الذى قدمه ، وكان الأولى أن يذكر مثل ماقدرته ، على أن قول المصنف لم يقلع قبل الأجل لا يصح جوابا للمسألة الأولى منهما لأن صورتها أنه يدرك قبل الحلول لأنه -

(لم يقلع) ما ذكر (قبل) حلول (الأجل) لاحتمال قضاء الدين من غير الأرض (وبعده يقلع) حتما (إن لم تف الأرض) أى قيمتها بالدين (وزادت به) أى القلع ولم يأذن الراهن فى بيعه مع الأرض ولم يحجر عليه بفلس لتعلق حق المرتهن بأرض فارغة ، أما لو وفت قيمة الأرض بالدين أو لم تزد بالقلع أو أذن الراهن فيما ذكر أو حجر عليه فلا قلع ، بل يباع مع الأرض فى الأخيرتين ويوزع الثمن عليهما ، ويحسب النقص فى الثالثة على الزرع أو البناء أو الغراس . نعم إن كان قيمة الأرض بيضاء أكثر من قيمتها مع مافيها حسب النقص عليه وليس للراهن السفر بالمرهون وإن كان قصيرا لمـا فيه من الخطر من غير ضرورة ، فإن دعت ضرورة لذلك كما لو جلا أهل البلد لنحو خوف أو قحط كان له السفر به إن لم يتمكن من رده إلى المرتهن ولا وكيله ولا أمين ولا حاكم . نعم قال الأذرعى : والظاهر أنه لو رهنه وأقبضه فى السفر أن له السفر به إلى نحو مقصده للقرينة وقيس به ما فى معناه (ثم إن أمكن الانتفاع) بالمرهون بما أراده المـالك منه (بغير استرداده) له كأن يرهن رقيقا له صنعة يمكن أن يعملها عند المرتهن (لم يسترد) من المرتهن لأجل عملها عنده (وإلا) أى وإن لم يمكن الانتفاع به بغير استرداد كأن يكون دارا يسكنها أو دابة يركبها أو عبدا يخدمه (فيسترد) وقت ذلك للحاجة إلى ذلك جمعا بين الحقين ، بخلاف ما إذا كان الانتفاع به بتفويته فلا يأخذه لذلك أصلا ، ، ولا يجب تمكينه من الأمة للخدمة إلا إن أمن غشيانه لها لكونه محرما أو ثقة عنده نحو حليلة يؤمن معها منه عليها ، وأفهم التقييد بوقت الانتفاع أن مايدوم استيفاء منافعه عند الراهن لايرده مطلقا وإن غيره يرده عند فراغه فيرد الخادم والمركوب المنتفع بهما نهارا فى الوقت الذى جرت العادة بالراحة فيه لا وقت القيلولة فى الصيف لمـا فيه من المشقة الظاهرة ويرد ماينتفع به ليلا كالحارس نهارا ، وفارق هذا المحبوس بالثمن فإن يد البائع لاتزال عنه لاستيفاء منافعه بل يكتسب فى يده للمشترى بأن ملك المشترى غير مستقر بخلاف ملك الراهن (ويشهد) المرتهن على الراهن بالاسترداد للانتفاع فى أول مرة (إن اتهمه) أنه أخذه لذلك لئلا يجحد الرهن شاهدين كذا قالاه أو رجلا وامرأتين كما فى المطلب لأنه فى المـال ، وقياسه الاكتفاء بواحد

(قوله فى الثالثة) هى الأولى من الأخيرين ، وهى ما لو أذن الراهن فى بيعها مع الأرض (قوله وإن كان قصيرا) يؤخذ منه أنه ليس المراد بالسفر هنا مايجوز القصر حتى أنه يحرم عليه أن يخرج المرهون إلى ماوراء السور والعمران فيما لاسور له بل لابد من تسمية ماخرج إليه سفرا عرفا ، وعليه فلا يحرم الخروج به إلى الإمام الشافعى رضى الله عنه ، بل أو إلى نحو بولاق مما لايعده أهل العرف سفرا (قوله كما لو جلا) أى ذهبوا (قوله ولا حاكم) وظاهره أنه يقدم قبل هؤلاء الأربعة المرتهن أو وكيله ثم الحاكم ثم الأمين (قوله ويشهد الخ) شاهدين أو واحدا ليحلف معه كل مرة قهرا عليه إن اتهمه وإن اشتهرت عدالته على الأوجه اه حج . وكتب عليه سم قوله كل مرة وفى العباب مرة فقط ، وما ذكره الشارح متجه إذ قد يرده فى المرة

قسيم مايدرك بعده (قوله أو أذن الراهن) أى فلا قلع وإن كانت تزيد بالقلع : أى لأن النقص يحسب على البناء أو الغراس كما سيأتى ، وما نقله الشهاب سم فى حواشى المنهج عن شرح الروض من أنه يكلف القلع حينئذ رأيته فى بعض نسخ شرح الروض مضروبا عليه ، وأصلح بما يوافق ماقدمته الذى هو فى غير تلك النسخة من شرح الروض (قوله ويحسب النقص فى الثالثة) أى والرابعة كما فى كلام الشيخين ، وعلم من قوله ويحسب النقص أن هناك نقصا : أى بأن تكون قيمة الأرض فارغة أكثر وحنئذ فلا حاجة إلى الاستدراك الآتى (قوله وأقبضه فى السفر) أى ثم استرده للانتفاع بقرينة السياق (قوله نهارا) ظرف لقوله المنتفع : أى ماينتفع به نهارا يرده ليلا

يحلف معه وإن وثق به لا ظاهر العدالة بأن كانت ظاهر حاله من غير أن يعرف باطنه فلا يكلف الإشهاد كل مرة كما قالاه : أى لا يجب عليه الإشهاد أصلا كما اقتضاه كلام الإرشاد وأفهمه كلام الإمام والغزالى وأشار إليه الرافعى فى آخر كلامه وهو المعتمد ، وعبارة الحاوى الصغير ويشهد لا ظاهر العدالة ، قال الزركشى : وعبارة المنهاج : تفهم الاكتفاء بالإشهاد أول دفعة ، وأن غير المتهم لا يكلف الإشهاد وهو الأصح وتكفى عدالته ، وبما تقرر علم أن عبارة الرافعى والمصنف يرجع النفى فى كلامهما إلى الفعل والقيد معا مثل قوله :

* ولا ترى الضب بها ينجحر * أى لا ضبّ ولا انجحار ومنه قوله تعالى ـ ما للظالمين من حميم ولا شفيع يطاع ـ أى لا شفاعة ولا طاعة وقوله تعالى ـ وما قتلوه يقينا ـ فإن النفى لأصل القتل ، وحينئذ يفيد نفى أصل الفعل فى كل ذلك ، ويؤخذ من وجوب الإشهاد هنا صحة ما أفتى به ابن الصلاح أن من لملكه طريق مشترك وطلب شريكه الإشهاد لزمه إجابته إليه ، وقد يفرق بينه وبين إجابة الدائن إلى الإشهاد بالدين لأنه مقصر لرضاه بذمته أولا بخلاف الشريك (وله) أى للراهن (بإذن المرتهن) وإن رده فيما يظهر كما أن الإباحة لا ترتد بالرد وفارق الوكالة بأنها عقد (ما منعناه) من الانتفاعات والتصرفات من غير عوض لأن المنع كان لحقه وقد زال بإذنه فيحل الوطء فإن لم تحبل فالرهن بحاله وإن أحبلها وأعتق أو باع أو وهب نفذ وبطل الرهن . قال فى الذخائر : فلو أذن له فى الوطء فوطئ ثم أراد العود إلى الوطء منع لأن الإذن يتضمن أول مرة إلا أن تحبل من تلك الوطئة فلا منع من الرهن لأن الرهن قد بطل اه . وظاهر كلامهم أن له الوطء فيمن لم تحبل مالم يرجع المرتهن عند وجود قرينة تدل على التكرر وإلا فالمطلق محمول على مرة (وله) أى المرتهن (الرجوع) عن الإذن (قبل تصرف الراهن) لأن حقه

الأولى مع الإشهاد على رده ثم ينكر أخذه فى المرة الثانية مثلا اه . فتعبيره باشتهرت عدالته أولى من قول الشارح وإن وثق به لأنه كيف يثق به مع التهمة ، والأقرب ما استوجهه سم (قوله أى لا يجب عليه) متصل بقوله لا ظاهر العدالة (قوله أصلا) أى لا مرة ولا غيرها (قوله والمصنف الخ) أى المذكور فى قوله فلا يكلف الإشهاد فى كل مرة الخ (قوله الإشهاد) أى على أن الطريق مشتركة بينهما (قوله وبين إجابة) لعله عدم إجابة (قوله وإن رده) أى رد الراهن إذن المرتهن (قوله كان لحقه) أى المرتهن (قوله منع) منه هذا محمول على ما إذا لم تدل قرينة على

فى الوقت الذى جرت العادة بالراحة فيه لا فى وقت القيلولة ليوافق كلام غيره وما سيأتى فى مقابله (قوله وإن وثق به) لعله بالبناء للمفعول وإلا فثقته به تنافى اتهامه الذى هو شرط الإشهاد فالحاصل أنه يكلفه الإشهاد إذا اتهمه وإن كان موثوقا به عند الناس ، لكن هذا قد ينافيه ما بعده (قوله ولا يكلف الإشهاد كل مرة) التعبير بيكلف لا يناسب ترجيع الضمير فى قول المصنف ويشهد إلى المرتهن لأنه لا معنى للتكليف فى حقه والحق له ، وعبارة الروض وله : أى للمرتهن تكليفه الإشهاد ، وهى موافقة لعبارة الحاوى الآتية فانظر ما المانع للشارح من جعل الضمير راجعا للراهن (قوله وأن غير المتهم) أى عنده على قياس ما مر (قوله وقد يفرق بينه وبين إجابة الدائن) لعله وبين عدم إجابة الدائن فسقط لفظ عدم أو المراد وبين إجابة الدائن أى حيث لم نقل بها (قوله من غير عوض) كأن المراد وللراهن فعل ما منعناه منه بإذن المرتهن ، ولا يجب عليه عوض فى نظير ذلك للمرتهن ، أو أن قوله من غير عوض متعلق بقول المصنف بإذن المرتهن على حذف مضاف : أى له بإذن المرتهن الواقع من غير شرط عوض ما منعناه الخ : أى فإن شرط عليه فى إذنه عوضا فى نظير التصرف امتنع على الراهن التصرف لفساد الأذن لاقترانه

باق كما للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل ، ويشترط أن يكون مرتهنا لنفسه مع بقاء الأهلية إلى حين التصرف (فإن تصرف) بعد رجوعه بغير إعتاق وإيلاد وهو موسر (جاهلا برجوعه فكتصرف وكيل جهل عزله) من موكله وسيأتى أن الأصح عدم نفوذه ، فإن كان عالما برجوعه لم ينفذ قطعا ، وأما تصرفه بالإعتاق والإحبال مع يساره فنافذ كما مر ، وللمرتهن الرجوع فيما وهبه الراهن بإذنه فى الهبة ولو مع القبض قبل قبض الموهوب إذ لاتتم إلا بقبضها ومثلها الرهن ، ولا رجوع له فيما أذن له فى بيعه فى زمن الخيار لأن البيع مبناه على اللزوم والخيار دخيل فيه ، وإنما يظهر أثره فى حق من له الخيار ، وأفهم ذلك أن محل ماذكر إذا شرط الراهن الخيار لنفسه أولا لأجنبى ، فإن شرطه للمرتهن كانت سلطنة الرجوع له بلا خلاف ، ومتى تصرف باعتاق أو نحوه وادعى الإذن وأنكره المرتهن صدق بيمينه لأن الأصل عدم الإذن وبقاء الرهن ، فإن نكل حلف الراهن وكان كما لو تصرف بإذنه ، فإن لم يحلف الراهن وكان التصرف بالعتق أو الإيلاد حلف العتيق والمستولدة لأنهما يثبتان الحق لأنفسهما ، بخلافه فى نكول المفلس أو وارثه حيث لايحلف الغرماء لأنهم يثبتون الحق للمفلس أولا (ولو أذن) له (فى بيعه) أى المرهون فباعه والدين مؤجل فلا شىء له على الراهن ليكون رهنا مكانه لبطلان الرهن ، أو حال قضى حقه من ثمنه وحمل إذنه المطلق على البيع فى غرضه لمجىء وقته ، ولا يبطل الرهن فيكون الراهن محجورا عليه فى الثمن إلى وفاء الدين ، فصورته كما صرح به الدارمى وتبعه الزركشى أن يأذن فى بيعه ليأخذ حقه أو يطلق ، فإن قال بعه ولا آخذ حقى منه بطل الرهن ، فإن أذن له فى البيع أو الإعتاق (ليعجل) له المرهون به (المؤجل من ثمنه) أو من غير الثمن فى البيع أو قيمته أو من غيرها فى الإعتاق بأن شرط ذلك (لم يصح البيع) سواء أكان الدين حالا أم مؤجلا لفساد الإذن بفساد الشرط ، وعلم أن كلام المصنف مفروض فيما لو شرط مامر فى حال الإذن ، ولا مرية فى أنه لو قال أذنت لك فى بيعه لتعجل ونوى الاشتراط كان كالتصريح به ، وإنما النظر فى حالة الإطلاق هل نقول ظاهره

التكرر كما يأتى فى كلامه (قوله لنفسه) أى فلو كان متصرفا عن غيره لم يجز الإذن أو عن نفسه وزالت الأهلية بطل الإذن بزوالها (قوله ولو مع القبض) أى مع الإذن فى القبض (قوله قبل قبض الموهوب) متعلق بقوله وللمرتهن الرجوع (قوله ولا رجوع له) أى المرتهن (قوله فى زمن الخيار) أى خيار البائع (قوله ومتى تصرف) أى الراهن (قوله صدق) أى المرتهن (قوله حلف العتيق الخ) أى على الميت (قوله أو يطلق) أى والدين حال كما هو الفرض ، فإذا كان مؤجلا فسيأتى فى قوله وإنما النظر فى حالة الإطلاق الخ (قوله بأن شرط ذلك) لو اختلفا بعد البيع فى الشرط وعدمه فهل يصدق مدعى الصحة أو مدعى الفساد ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول خصوصا وقد تعلق الحق بثالث (قوله لم يصح البيع) فى نسخة سواء كان حالا أو مؤجلا لفساد الإذن بفساد الشرط ، وهو مشكل مع قوله قبل ولو أذن فى بيعه ليعجل المؤجل ، فإن التخصيص فى المؤجل ينافى التعميم فيه وفى الحال ،

بالشرط المفسد فليراجع المراد (قوله ويشترط أن يكون مرتهنا لنفسه) هلا قدمه على قول المصنف وله الرجوع الخ (قوله ولو مع القبض) غاية فى الإذن (قوله بخلافه فى نكول المفلس) أى فيما إذا ادعى شيئا على آخر ونكل المدعى عليه ثم نكل المفلس عن اليمين المردودة (قوله سواء أكان الدين حالا أم مؤجلا لفساد الإذن إلى قوله ولا مرية الخ) إيراد جميع هذه السوادة التى أشرنا إليها هنا فى غير محله والصواب إيرادها بعد قول المصنف الآتى وكذا

لشرط أو لا ؟ والأقرب المنع (وكذا لو شرط) فى الإذن فى بيعه أو اعتاقة (رهن الثمن) أو القيمة مكانه لم يصح ذلك (فى الأظهر) لفساده بجهالة الثمن أوالقيمة عند الإذن ، وليس الانتقال شرطا كالانتقال شرعا ، ومقتضى هذه العلة الصحة عند تعين الثمن ، والظاهر عدم الفرق ولهذا علله فى الإبانة بأنه كما لو شرط أن يرهن عنده عينا أخرى وهى علة صحيحة . وبما تقرر علم جواب الأسنوى عن قوله لا وجه للبطلان فى الحال فيما إذا شرط كون الثمن رهنا لأنه تصريح بمقتضى الإذن ، بخلافه فيما إذا شرط رهنه أو جعله رهنا لأن رهن المرهون محال ، وأنه لافرق بين شرط جعل الثمن رهنا وبين شرط كونه رهنا ، والثانى يصح البيع ويلزم الراهن بالوفاء بالشرط ولا تضر الجهالة فى البدل ، ولو أذن المرتهن للراهن فى ضرب المرهون فضربه فمات لم يضمن لتولده من مأذون فيه ، بخلاف مالو أذن له فى تأديبه فضربه فمات فإنه يضمن لأن المأذون فيه هنا ليس مطلق الضرب بل ضرب تأديب وهو مشروط بسلامة العاقبة .

فصل فيما يترتب على لزوم الرهن

(إذا لزم الرهن) باقباضه (فاليد فيه) أى فى المرهون (للمرتهن) غالبا لأنها الركن الأعظم فى التوثق (ولا تزال إلا للانتفاع كما سبق) ومحل ذلك حيث لم يكن المرهون نحو مسلم أو مصحف وهو كافر أو سلاح وهو

إلا أن يقال : التعميم راجع إلى قوله أو من غير الثمن فى البيع (قوله والأقرب المنع) أى منع كونه كالشرط فيصح (قوله وبين شرط كونه) أى بلا جعل (قوله ولو أذن المرتهن) ومثل ذلك عكسه بالطريق الأولى .

(فصل) فيما يترتب على لزوم الرهن

(قوله فيما يترتب الخ) أى وما يتبعه من نحو توافقهما على وضعه عند ثالث وبيان أن فاسد العقود كصحيحها (قوله بإقباضه) أى حقيقة أو حكما بأن أذن للمرتهن فى قبضه فقبضه ، أوكان تحت يده وأذن له فى القبض كما مر ، أو يقال اقتصر على الإقباض لكونه الأصل (قوله فاليد فيه) وقال سم : أى الرهن بمعنى المرهون ففيه استخدام اهـ سم على حج . وهو أولى مما ذكره الشارح ليكون الضمير عائدا على مذكور ، إلا أن يقال : إن الشارح رجعه للرهن بمعنى المرهون وعبر بالمعنى المراد منه فيساوى ماقاله سم (قوله ومحل ذلك) محترز قوله غالبا وكان الأولى أن يقول وقد لاتكون اليد فيه للمرتهن كما عبر به حج (قوله حيث لم يكن المرهون الخ) ويصح رهن صيد من محرم ويوضع عند حلال (قوله وهو كافر) تقدم فى البيع فى صورة رهن المسلم من كافر هل يقبضه ثم يوضع عند عدل أو يمتنع قبضه أيضا اهـ سم على حج . والأقرب الأول لأن قبضه بمجرده ليس فيه إذلال للمسلم ولا إهانة للمصحف ، لكن رأيت فى حج مانصه : ويستنيب الكافر مسلما فى القبض اهـ . وظاهره أنه لايمكن من قبضه حتى فى السلاح ، ووجهه أن فى قبضه له إذلالا للمسلمين ، وعليه فلو تعدى وقبضه فينبغى الاعتداد به لأن المنع لأمر خارج ، ونقل عن شيخنا الزيادى بالدرس أنه اعتمد فساد القبض ، ونقل عن الشيخ حمدان أيضا

لو شرط رهن الثمن فى الأظهر (قوله لا وجه للبطلان فى الحال) أى فى الدين الحال (قوله بخلافه فيما إذا شرط رهنه أو جعله رهنا) أى بأن شرط إنشاء رهنه فقوله قبل فيما إذا شرط كون الثمن رهنا أى من غير إنشاء رهن (قوله وأنه لافرق بين شرط جعل الثمن الخ) أى لا كما ادعاه الأسنوى .

(فصل) فيما يترتب على لزوم الرهن

حربى أو كبيرة أو خنثى وليس عنده من مر ، فإن كانت صغيرة لاتشتهى أو كان المرتهن محرما لها أو ثقة من امرأة أو ممسوح أو من أجنبى عنده حليلته أو محرمه أو امرأتان ثقتان وضعت عنده وإلا فعند محرم لها أو ثقة ، والأوجه الاكتفاء بالواحدة الثقة والخنثى كالأمة لكن لايوضع عند امرة أجنبية ، ولو حل الدين فقال الراهن رده لأبيعه لم يجب بل يباع فى يده ، ثم بعد وفائه يسلمه للمشترى برضا الراهن ، أى إن كان له حق الحبس كما هو واضح أو للراهن برضا المشترى : أى مالم يكن له حق الحبس وإلا لم يحتج إلى رضاه كما هو ظاهر ، ولا يسلم المشترى الثمن لأحدهما إلا بإذن الآخر فإن تنازعا فالحاكم ، ولو قال للمرتهن احضر معه لأبيعه وأسلم الثمن إليك أو قال أبيعه منك لم تلزمه الإجابة ، ولو قال أحضره وأنا أؤدى من غيره لم يلزمه إحضاره لأن اللازم له التخلية كالمودع فلم

مايصرح بما قلناه من الاعتداد بالقبض (قوله من امرأة) بيان لثقة (قوله أو من أجنبى) ظاهره ولو فاسقا حيث كان له حليلة ، لكن قيده الأذرعى بالثقة ، ويمكن حمل كلام الشارح عليه بجعل قوله من امرأة الخ حالا من الثقة فيفيد اشتراط الثقة فى المرأة وما عطف عليها (قوله عنده حليلته) أى ولو فاسقة لأنها تغار عليه (قوله أو محرمه) أى ولو فاسقة على مايفيده تقييد المرأتين بالثقتين دون ماقبلهما (قوله وضعت عنده) أى فلو صارت الصغيرة تشتهى نقلت وجعلت عند عدل برضاهما ، فإن تنازعا وضعها الحاكم عند من يراه ، ومثله مالو ماتت حليلته أو أومحرمه أو سافرت (قوله أو ثقة) قال حج : وشرط خلاف ذلك مفسد ، وقضيته أنه مفسد للعقد ، وهو ظاهر لأنه شرط خلاف مقتضاه ، لكن فى شرح الروض مانصه : فإن شرط وضعها عند غير من ذكر فهو شرط فاسد لما فيه من الخلوة بالأجنبية : قال القاضى والماوردى : والرهن صحيح لأن المنع ليس للملك بل لحق الله تعالى ، قاله الزركشى اه . وكتب الشهاب الرملى على قوله والرهن صحيح: هذا تفريع على قول مرجوح ، أما على الأظهر فيبطل الرهن أيضا ، قال الزركشى فى قواعده : وقاعدة الشروط الفاسدة أن يفسد العقد إلا فى صورة البراءة من العيوب ، وإلا فى القرض إذا شرط مكسرا عن صحيح أوأن يقرضه غيره لغا الشرط ولا يفسد العقد فى الأصح اه . وإلا فى العمرى والرقبى فى الأصح . وقال المصنف فى تمشيته : فإن شرط وصفا غير ماذكرناه فسد الشرط وبفساده يفسد الرهن على الأصح اه . وقول حج : وشرط خلاف ذلك مفسد ظاهر فيما قاله الشهاب الرملى ، وعبارة سم على منهج قال فى التصحيح : فإن شرط خلافه فشرط فاسد اه . وهى صريحة فيما نقل عن شرح الروض (قوله والأوجه الاكتفاء بالواحدة) خلافا لحج ، والأقرب ما قاله حج لأن مدة الرهن قد تطول وذلك يؤدى إلى اشتغال المرأة الثقة فى بعض الأزمنة فتحصل فيه خلوة المرتهن بالأمة (قوله ثم بعد وفائه) أى المرتهن (قوله إن كان له) أى الراهن (قوله حق الحبس) أى بأن بقى بذمة المشترى من ثمنه الحال شىء (قوله لم يكن له) أى الراهن (قوله إلى رضاه) أى المشترى (قوله ولو قال) أى الراهن (قوله مالم تلزمه) أى المرتهن (قوله تلزمه الإجابة) وظاهره وإن قرب المحل المدعو إليه جدا ولا مانع منه (قوله لم يلزمه إحضاره) هذا مع ماتقدم من قوله ولو حل الدين فقال الخ يفيد أن الراهن إذا طلب رده أو حضور المرتهن معه ليبيعه الراهن بحضرته لايلزم المرتهن إجابته لواحد منهما وعليه فيحتاج البائع للمجىء مع المشترى المحل المرتهن وفيه مشقة ظاهرة ، بل قد لايتفق ذلك لعدم مشتر يحضر مع الراهن إلى محل المرتهن لكن قد يقال تندفع المشقة ببعث الحاكم الآتى فى كلامه

(قوله ومحل ذلك) هو محترز قوله غالبا (قوله أو ثقة) أى من امرأة أو ممسوح أو رجل عنده من مر كما صرح به الشهاب حج (قوله لكن لايوضع عند امرأة أجنبية) أى ولا رجل أجنبى كما نقله الأذرعى عن البيان إنما يوضع عند محرم له (قوله أى إن كان له حق الحبس) أى بأن بقى من الثمن بقية (قوله لأن اللازم له التخلية) أى

يتأت بيعه إلا بإحضاره ولم يثق بالراهن بعث الحاكم من يقبضه وأجرته على الراهن (ولو شرطا) أى الراهن والمرتهن (وضعه) أى المرهون (عند عدل جاز) لأن كلا منهما قد لايثق بصاحبه ، وكما يتولى العدل الحفظ يتولى القبض أيضا كما اقتضاه كلام ابن الرفعة ، ولو شرط كونه فى يد المرتهن يوما وفى يد العدل يوما جاز وخرج بعدل الفاسق فلا يضعانه عنده إذا كانا متصرفين أو أحدهما عن الغير كولى ووكيل وقيم ومأذون له وعامل قراض ومكاتب حيث يجوز لهم ذلك وإلا فيجوز ، وعلى هذا يحمل قول الشرحين والروضة عند ثالث ، إذ عبارة المصنف أولى لأن مفهومها فيه تفصيل فلا يرد ولو شرطا وضعه بعد اللزوم عند الراهن صح كما اقتضاه كلام صاحب المطلب خلافا لما اقتضاه كلام الغزالى ، إلا أن يحمل كلامه على ابتداء القبض ، ولو ادعى العدل رده إليهما أو هلاكه صدق وليس له رده إلى أحدهما ، فإن أتلفه خطأ أو أتلفه غيره ولو عمدا أخذ منه البدل وحفظه بالإذن الأول أو أتلفه عمدا أخذ منه البدل ووضع عند آخر لتعديه بإتلاف المرهون . قال الأذرعى : والظاهر أن أخذ القيمة فى المتقوم . أما المثلى فيطالب بمثله . قال وكأن الصورة فيما إذا أتلفه عمدا عدوانا أما لو أتلفه مكرها أو دفعا لصيال فيكون كما لو أتلفه خطأ انتهى . وهو محمول فى الشق الأخير على ما لو عدل عما يندفع به إلى أعلى منه وإلا فلا

(قوله إلا بإحضاره) أى السوق مثلا (قوله عند عدل) أى عدل شهادة كما قاله فى شرح العباب اهـ سم على حج ومفهومه أنه لايجوز وضعه عند امرأة أو عبد إذا كان يتصرف عن غيره ، وقول الشارح وخرج بعدل الفاسق قد يقتضى خلافه لعدم صدقه على من ذكر إذ هما عدلا رواية وليس مرادا ويكون نبه بقوله وخرج الخ على بعض ماخرج ، على أنه قد يقال : إن قول حج عدل شهادة إنما يخرج العبد دون المرأة فإنها من عدول الشهادة فى الجملة فإنها تقبل فى المال وفيما لايطلع عليه الرجال غالبا كالرضاع والولادة والبكارة والثيوبة وما تحت الثياب من عيوب النساء ، ومن ثم فرق بعضهم فى مواضع بين عدل الشهادات وعدل الشهادة قال : فالأول يفيد عدم قبول المرأة بخلاف الثانى (قوله وفى يد العدل يوما جاز) أى ويبدأ منهما بمن اتفقا على البداءة به فإن تشاحا فينبغى أن يقرع بينهما (قوله حيث يجوز) أى بأن كان هناك ضرورة أو غبطة ظاهرة (قوله فيه تفصيل) أى وهو أنهما إن كانا يتصرفان عن أنفسهما جاز وضعه عند فاسق وإلا فلا (قوله على ابتداء القبض) أى بأن شرطا أن الراهن يقبضه ، ووجه الفساد ما يلزمه من اتحاد القابض والمقبض (قوله رده إليهما) أى معا أخذا من قوله وليس الخ (قوله صدق) أى العدل (قوله فإن أتلفه) أى العدل (قوله أخذ منه) أى المتلف ، وقضيته أنه لابد من أخذه من العدل ورده إليه ، فلايكفى بقاؤه تحت يده بلا أخذ وإن كان محكوما عليه بأنه رهن فى ذمته ، وعليه فينبغى أن الآخذ له الراهن بإذن المرتهن فإن تنازعا فالحاكم (قوله أخذ منه البدل) وهو المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوم (قوله وهو محمول الخ) قد يشكل هذا الحمل بأنه حيث عدل إلى أعلى منه حرم ، ومقتضاه فسقه فلا يوضع البدل عنده كما لو أتلفه عمدا ، اللهم إلا أن يقال : فعله دفعا للصيال شبهة منعت الفسق وإن أثم بالعدول المذكور ، وفيه مافيه أو أنه عدل إلى غيره لظن جوازه (قوله فى الشق الأخير) هو قوله أو دفعا لصيال ، وكذا فى الشق الأول

بعد التوفية كما هو واضح (قوله عند عدل جاز) أى مطلقا ، وكذا فاسق إذا كانا يتصرفان لأنفسهما التصرف التام أخذا مما يأتى ، وبه صرح فى التحفة هنا وأخرج بالتصرف التام المكاتب (قوله ومكاتب) فى إدخاله فى جملة من يتصرف عن الغير مساهلة (قوله إذ عبارة المصنف) كان الأولى التعبير بالواو بدل إذ (قوله أخذ منه) أى من المتلف (قوله قال الأذرعى والظاهر أن أخذ القيمة الخ) هذا لاموقع لإيراده بعد أن عبر بالبدل

ضمان (أوعند اثنين) مثلا (ونصا على اجتماعهما على حفظه أو الانفراد به فذاك) ظاهر أنه يتبع الشرط فيه (وإن أطلقا فليس لأحدهما الانفراد) بحفظه (فى الأصح) كما فى نظيره من الوكالة والوصية فيجعلانه فى حرز لهما ، فإن انفرد أحدهما بحفظه ضمن نصفه أو سلم أحدهما إلى الآخر ضمنا معا النصف ، ومقابل الأصح له الانفراد لما فى اجتماعهما من المشقة ، ولو غصبه المرتهن من العدل أو غصب العين شخص من مؤتمن كمودع ثم ردها إلى من غصبها منه برئ ، بخلاف من غصب من الملتقط اللقطة قبل تملكها ثم ردها إليه لم يبرأ لأن المالك لم يأتمنه أو غصب العين من ضامن مأذون كمستعير ومستام ثم ردت إليه برئ كما جزم به فى الأنوار ، ولا ينتقل المرهون عند آخر إلا إن اتفق العاقدان عليه فحينئذ يجوز ولو بلا سبب (ولو مات العدل) الموضوع عنده (أو فسق) أو عجز عن حفظه أو زاد فسق الفاسق أو حدثت عداوة بينه وبين أحدهما وطلبا أو أحدهما نقله نقل و (جعله حيث يتفقان) سواء أكان عدلا أم فاسقا ، بشرطه المار (وإن تشاحا وضعه الحاكم عند عدل) يراه لأنه العدل قطعا للنزاع ولو كان فى يد المرتهن فتغير حاله فكتغير حال العدل ولو لم يشرط فى بيع أو كان وارث المرتهن أزيد

على أنه طريق فى الضمان وإلا فقرار الضمان على المكره بكسر الراء (قوله فى حرز لهما) أى حيث لم تمكن قسمته فإن أمكنت قسمته اقتسماه كما فى الوصية . ثم رأيته فى سم على منهج نقلا عن بر (قوله ضمنا معا النصف) أى ضمن كل منهما جميع النصف لأن أحدهما متعد بالتسليم والآخر بالتسلم ، وقرار الضمان على من تلف تحت يده هكذا تحرر مع طب بعد المباحثة ثم وافق عليه مر اه سم على منهج . ومثله على حج لكن عبارة حج : وإلا ضمن من انفرد به نصفه إن لم يسلمه له صاحبه وإلا اشتركا فى ضمان النصف انتهى . وهى موافقة لكلام الشارح (قوله من مؤتمن) أى باتمان المالك فيخرج الملتقط الآتى لأنه مؤتمن باتمان الشرع (قوله ثم ردها إليه لم يبرأ) أى وطريقه أن يتخلص من الضمان أن يردها على الحاكم (قوله لم يأتمنه) أى الملتقط . وقياس اللقطة أنه لو طيرت الريح مثلا ثوبا إلى داره وغصبها منه شخص ثم ردها إليه أنه لم يبرأ لأن المالك لم يأتمنه وطريقه أن يردها للحاكم (قوله من ضامن مأذون) احترز به عن الغاصب فلا يبرأ من غصب منه بالرد عليه (قوله ولاينتقل) أى لايجوز نقله قهرا عند الخ (قوله عند آخر) أى غير من هو تحت يده (قوله أو زاد فسق الفاسق) قال حج : أو خرج عن أهلية الحفظ بغير ذلك . وقضيته أنه لو أغمى عليه أو جن وطلب أحدهما نقله نقل ، وعليه فلو أفاق هل يتوقف استحقاقه الحفظ عن إذن جديد لبطلان الإذن الأول أم لا ؟ فيه نظر ، وقياس مالو زاد فسق الولى ثم عاد من أنه لابد من تولية جديدة أنه هنا لابد من تجديد الإذن (قوله بشرط المار) أى وهو أن يتصرف عن نفسه (قوله وإن تشاحا) أى بعد لزوم العقد من الجانبين . أما قبله لم يجبر الراهن بحال كما سيأتى ، وقوله وإن تشاحا غاية لقوله ولو كان فى يد الخ (قوله لأنه العدل) أى الإنصاف (قوله فتغير حاله) ومنه أن تحدث عداوة بينه وبين الراهن (قوله ولو لم يشرط فى بيع) غاية لقول المصنف وضعه الحاكم عند عدل ولو ذكره متصلا به لكان أولى لأن قوله ولو كان

(قوله ضمنا معا النصف) أى ضمن كل منهما جميع النصف والقرار على من تلف تحت يده كما هو القياس ، ثم رأيت الشهاب سم ذكر أنه الذى استقر عليه الحال فى مباحثته مع شيخه الطبلاوى ومع الشارح (قوله برئ) انظر هل يبرأ فى مسئلة الرهن إذا رده للراهن وإن لم تكن له يد (قوله ولو كان فى يد المرتهن فتغير حاله الخ) عبارة الشهاب حج فى تحفته عقب قول المصنف وإن تشاحا نصها : أو مات المرتهن ولم يرض الراهن بيد وارثه انتهت . وهو الذى رتب عليه

عدالة منه ، إذ الفرض أنه لزم بالقبض ولا يلزم من الرضا بالمورث الرضا بالوارث ، فإن تشاحا ابتداء فيمن يوضع عنده وكان قبل القبض لم يجبر الراهن بحال ، وإن شرط الرهن فى بيع لجوازه من جهته حينئذ فلا يطالبه بإقباضه ولا بالرجوع عنه وزعم مطالبته بأحدهما لئلا يستمر غبنه مردود ، وظاهر كلامهم عدم انعزال العدل عن الحفظ بالفسق ، وقيده ابن الرفعة بما إذا لم يكن الحاكم هو الذى وضعه لأنه نائبه (ويستحق بيع المرهون عند الحاجة) إليه لوفاء الدين إن لم يوفّ من غيره وللمرتهن إذا كان بدينه رهن وضامن طلب وفائه من أيهما شاء تقدم أحدهما أولا ، فإن كان رهن فقط فله طلب بيع المرهون أو وفاء دينه فلا يتعين طلب البيع (ويقدم المرتهن بثمنه) على سائر الغرماء إن لم يتعلق برقبته جناية كما يأتى لأن ذلك من فوائد الرهن ، وفهم من طلب أحد الأمرين أن للراهن أن يختار البيع والتوفية من ثمن المرهون وإن قدر على التوفية من غيره ، ولا نظر لهذا التأخير وإن كان حق المرتهن واجبا فورا لأن تعليقه الحق بعين الرهن رضا منه باستيفائه منه وطريقه البيع ، ولا ينافى ذلك تعلق حق المرتهن بغير الرهن أيضا لأن معناه أن المرهون قد لا يوفى ثمنه الدين أو يتلف من غير تقصير فيجب الوفاء من بقية مال الراهن ولا ما يأتى من إجباره على الأداء أو البيع لأنه بالنسبة للراهن حتى يوفى مما اختار لا بالنسبة للمرتهن حتى يجبره على الأداء من غير الرهن ، ويمكن حمل ما اختاره السبكى من وجوب الوفاء إما من الرهن وإما من غيره إذا كان أسرع وطالب المرتهن به فإنه يجب تعجيلا للوفاء على ما إذا أدى ذلك لتأخير من غير غرض صحيح (ويبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن) أو وكيله لأن له فيه حقا (فإن لم يأذن) أى المرتهن (قال له الحاكم تأذن) فى بيعه (أو تبرئ) هو بمعنى الأمر : أى ائذن أو أبرئ دفعا لضرر الراهن (ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن) ذلك (ألزمه القاضى قضاء الدين) من محل آخر (أو بيعه فإن أصرّ) الراهن أو المرتهن على الامتناع أو أقام المرتهن حجة بالدين الحال فى غيبة الراهن (باعه الحاكم) عليه ووفى الدين من ثمنه دفعا لضرر الآخر ،

فى يد المرتهن الخ كلام مستأنف ، وفى نسخة ذكر قوله ولو لم يشرط بعد قول الشارح قطعا للنزاع وهى واضحة (قوله وإن شرط الرهن) غاية (قوله فلا يطالبه) أى المرتهن (قوله بأحدهما) أى الإقباض والرجوع (قوله مردود) بأن من فعل جائزا لايقال له عابث انتهى حج (قوله وظاهر كلامهم الخ) معتمد (قوله عن الحفظ بالفسق) ظاهره سواء كان عند العدل باتفاقهما أو بوضع الحاكم (قوله لأنه نائبه) قلت : أو يكون الراهن نحو ولى انتهى سم على حج : أى فينعزل بالفسق (قوله أحد الأمرين) وهما بيعه والتوفية من غيره (قوله إن للراهن) أى أنه يجوز له ذلك ، وظاهره وإن طالت المدة وهو كذلك حيث كان للراهن غرض صحيح فى التأخير كما يأتى (قوله وإن كان حق المرتهن) قال ع : وطريق المرتهن فى طلب التوفية من غير المرهون أن يفسخ الرهن لجوازه من جهته ويطالب الراهن بالتوفية (قوله لأن تعليقه) أى المرتهن (قوله من غير غرض صحيح) أى للراهن فى التأخير لتعلق المرتهن حقه بالعين المرهونة فلا نظر إلى غرضه (قوله بإذن المرتهن) أى ولا ينزعه من يده على ماتقدم فى قول الشارح ولو حلّ الدين فقال الراهن رده لأبيعه لم يجب الخ (قوله أو المرتهن على الامتناع) .

[تنبيه] قضية المتن وغيره هنا أن القاضى لايتولى البيع إلا بعد الإصرار على الإباء ، وليس مرادا أخذا من قولهم فى التفليس إنه بالامتناع من الوفاء يخير القاضى بين توليه للبيع وإكراهه عليه انتهى حج (قوله باعه الحاكم)

ما ذكره الشارح هنا تبعا له من قوله ولو لم يشرط فى بيع الخ (قوله مردود) أى بأن من فعل جائزا له لايقال له عابث كما أفصح به الشهاب حج (قوله بما إذا لم يكن الحاكم هو الذى وضعه) قال الشهاب سم : قلت أو يكون

وظاهر أنه لايتعين بيعه فقد يجد مايوفى به الدين من غير ذلك وقد أفتى السبكى بأن للحاكم بيع مايرى بيعه من المرهون وغيره عند غيبة المديون أو امتناعه لأن له ولاية على الغائب فيفعل مايراه مصلحة فإن كان للغائب نقد حاضر من جنس الدين وطلب المرتهن وفاءه منه وأخذ المرهون فإن لم يكن له نقد حاضر وكان بيع المرهون أروج وطلب المرتهن باعه دون غيره ، ولو باعه الراهن عند العجز عن استئذان المرتهن والحاكم صح كما هو قضية كلام الماوردى. قال الزركشى : والظاهر أن مراده حيث يجوز بيعه بأن تدعو إليه ضرورة كالعجز عن مؤنته أو حفظه أو الحاجة إلى مازاد على دين المرتهن من ثمنه ، ولو لم يجد المرتهن عند غيبة الراهن بينة أو لم يكن ثم حاكم فى البلد فله بيعه بنفسه كالظافر بغير جنس حقه ، وأفتى أيضا فيمن رهن عينا بدين مؤجل وغاب رب الدين فأحضر الراهن المبلغ إلى

لايقال : هذا ظاهر فى امتناع الراهن ، وأما فى امتناع المرتهن فغير ظاهر لأنه بسبيل من إذن الراهن فى بيعه . لأنا نقول : قد يتساهل الراهن فى بيعه ففيه تفويت على المرتهن ، لكن فى حج مانصه : فإن أصر باعه الحاكم أو أذن للراهن فى بيعه ومنعه من التصرف فى ثمنه إلا إذا أبى أيضا من أخذ دينه منه فيطلق للراهن التصرف فيه (قوله وظاهر أنه لايتعين) أى على الحاكم (قوله عند غيبة المديون) هو شامل لمسافة القصر وما دونها ، قال سم على منهج ما حاصله أنه لايبيع فيما دون مسافة القصر إلا بإذنه ، ثم قال : إنه عرضه على مر فقال : لعله بناه على أن القضاء على الغائب إنما يكون على من بمسافة القصر والراجح الاكتفاء بمسافة العدوى فيكون هنا كذلك (قوله ولاية على الغائب) أى وله القضاء من مال الممتنع بغير اختياره (قوله باعه) أى فلو باع غير الأروج هل يصح حيث كان بثمن مثله أولا لأن الشرع إنما أذن له فى بيع الأروج ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الأول لأنه لاضرر فيه على الراهن وإن أدى إلى تأخير وفاء حق المرتهن ، ولكن الأقرب الثانى للعلة المذكورة (قوله والحاكم) أى ولو لم يشهد (قوله بينة) أى تشهد عند الحاكم بأنه ملك الراهن . ومعلوم أنه لابد من ثبوت الدين وكون العين التى أريد بيعها مرهونة عنده لاحتمال كونها وديعة مثلا ، ومفهومه أنه لو لم يكن فى البلد حاكم وكان بغيرها قريبا منها كشبرا مثلا أو بولاق مثلا كان له البيع بنفسه ، ولعله غير مراد وأن المدار على المشقة وعدمها فليراجع (قوله أو لم يكن ثم حاكم) أى أو كان وكان يتوقف الرفع إليه على غرم دراهم وإن قلت : (قوله فله بيعه بنفسه) ويصدق فى قدر ماباعه به لأنه أمين فيه . ولا يقال ؛ هو مقصر بعدم الإشهاد على مابـاع به . لأنا نقول : قد لايتيسر الشهود وقت البيع ، وبفرضها فقد لايتيسر له إحضارهم وقت النزاع فصدق مطلقا (قوله كالظافر) قال حج : وفرق بينه : أى المرتهن وبين الظافر بغير جنس حقه ، فإن له البيع ولو مع القدرة على البينة بأن هذا عنده وثيقة بحقه فلا يخشى فواته فاشترط لظفره العجز ، بخلاف ذاك يخشى الفوات لو صبر للبينة فجاز له مع القدرة عليها ، وقياس ما يأتى فى الفلس أن الحاكم لايتولى البيع حتى يثبت عنده كونه ملكا للراهن إلا أن يقال : اليد عليه للمرتهن فكفى إقراره بأنه ملك للراهن ، وكتب عليه سم قوله وقياس ما يأتى الخ سيأتى أن

الراهن نحو ولى (قوله وظاهر أنه لايتعين بيعه الخ) هذا إنما يظهر فى الغائب . أما فى مسئلة امتناع المرتهن فلا وجه لكون الحاكم يوفى من مال الراهن غير الرهن الذى تعلق الحق بعينه مع حضور الراهن وطلبه التوفية منه ، وكذا فى مسئلة امتناع الرهن وإن نقلهما الشهاب سم فى حواشيه على شرح المنهج عن الشارح ، إذ هو نفسه قد أشار فى حواشيه على التحفة إلى أنه مبنى على اختيار السبكى الذى أشار الشارح فيما مر إلى ضعفه فالحاصل أن الذى ينبغى أن قول الشارح وظاهر الخ إنما هو فى مسئلة الغائب خاصة ، ويدل على ذلك بقية كلامه فليحرر

الحاكم وطلب منه قبضه لينفك الرهن بأن له ذلك ، وهو كما قال (ولو باعه المرتهن بإذن الراهن فالأصح أنه إن باعه بحضرته صح) البيع (وإلا فلا) يصح لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم فى الاستعجال وترك الاحتياط . قال الزركشي : لو كان ثمن المرهون لا يفى بالدين والاستيفاء من غيره متعذر أو متعسر بفلس أو غيره فالظاهر أنه يحرص على أوفى الأثمان تحصيلا لدينه ما أمكنه فتضعف التهمة أو تنتفى . والثانى يصح مطلقا كما لو أذن له فى بيع غيره . والثالث لا يصح مطلقا لأن الإذن له فيه توكيل فيما يتعلق بحقه إذ المرتهن مستحق المبيع ، ومحل هذه الأقوال حيث كان الدين حالا ولم يعين له الثمن ولم يقل استوف حقلك من ثمنه فإن كان مؤجلا صح جزما ، أو قدر الثمن له صح على غير الثالث لانتفاء التهمة ، أو قال بعه واستوف حقك من ثمنه لم يصح على غير الثانى لوجود التهمة ، وإذن الوارث لغرماء مورثه فى بيع التركة والسيد للمجنى عليه فى بيع الجانى كإذن الراهن للمرتهن فى بيع المرهون (ولو شرط) بضم أوله فى عقد الرهن (أن يبيعه) أى المرهون (العدل) أو غيره ممن هو تحت يده عند المحل (جاز) وصح هذا الشرط (ولا تشترط مراجعة الراهن) فى البيع (فى الأصح) لأن الأصل بقاء الإذن الأول . والثانى تشترط لأنه قد يكون له غرض فى بقاء العين وقضاء الحق من غيرها واحترز بالراهن عن المرتهن فيشترط مراجعته قطعا كما نقله الرافعى عن العراقيين ، فإنه ربما أمهل أو أبرأ وهو المعتمد لأن إذنه فى البيع قبل القبض غير صحيح ، بخلاف الراهن وقد حمل السبكى عدم الاشتراط على ما إذا كانا أذنا له ، والاشتراط على ما إذا شرط فى الرهن أن العدل

السبكى رجح فى هذا الآتى الاكتفاء باليد (قوله بأن له) أى الحاكم وقضية التعبير بله عدم الوجوب وعبارة حج لزمه قبضه منه اهـ . فيحمل كلام الشارح على أن هذا جواز بعد منع فيصدق بالوجوب (قوله قال) أى السبكى (قوله قال الزركشي) تقييد لكلام المصنف (قوله والاستيفاء من غيره) الواو للحال (قوله فالظاهر) أى من حال المرتهن وإن كان الباقى من الدين قليلا بالنسبة لحال المرتهن (قوله فتضعف التهمة) معتمد (قوله أو تنتفى) أى فيصح بيع المرتهن فى غيبة الراهن (قوله صح) أى البيع (قوله كإذن الراهن الخ) أى فإن كان بحضرته صح وإلا فلا ويأتى فيه مامر عن الزركشي (قوله بضم أوله) قيد به لأنه لا يحتاج معه إلى قيد لأنه لا يسمى شرطا إلا إذا كان منهما ، فلو بنى للفاعل احتاج إلى قيد كأن يقال شرطه أحدهما ووافقه الآخر (قوله ممن هو تحت يده) هل هو للتقييد حتى لو شرطا أن يبيعه غير من هو تحت يده لم يصح أولا ؟ فيه نظر ، والظاهر الثانى لأن الغرض الوصول إلى الحق وهو يحصل بذلك (قوله لأن الأصل بقاء الإذن) أى فلو تبين رجوعه عنه تبين بطلان التصرف (قوله عدم الاشتراط) أى اشتراط مراجعة المرتهن الذى قطع به الإمام كما نبه عليه فى قوله وإن قال الإمام الخ

(قوله وهو كما قال) أى والصورة أن الدين باق على تأجيله كما يصرح بذلك ما فى شرح الدميرى عنه وفيه وقفة لما مر أن الدائن له الامتناع من القبض قبل المحل إذا كان له غرض (قوله قال الزركشي) أى تبعا لشيخه الأذرعى إذ العبارة له فى قوله (قوله أو غيره) أشار به إلى ما قدمه من أن العدل إنما هو قيد فيما إذا كان يتصرف عن غيره ، فمراده بالغير هنا الفاسق حيث جاز (قوله ممن نحو تحت يده) الظاهر أنه إنما قيد به جريا على ظاهر المتن وأنه ليس بقيد فليراجع (قوله وقد حمل السبكى عدم الاشتراط) أى الذى هو مقابل المعتمد وهو الذى ذهب إليه الإمام ونفى فيه الخلاف كما ستأتى الإشارة إليه ، وكان الأولى للشارح أن يفصح به قبل ذكر الحمل (قوله على ما إذا كان إذنا له) أى بعد القبض بقرينة ما يأتى (قوله والاشتراط على ما إذا شرط فى الرهن) أى العقد : أى ولم يقع

يبيعه أو أذن له الراهن فقط فيشترط إذن المرتهن لأنه لم يأذن قبل ، فعلى كلامهم لابد من إذنه إن لم يأذن قبل ، وعلى كلام الإمام لايحتاج لتقدم إذنه فما تطابقا على محل واحد ، لكن مقتضى كلامهم اشتراط مراجعة المرتهن مطلقا وإن قال الإمام لاخلاف أنه لايراجع لأن غرضه توفية الحق وينعزل العدل بعزل الراهن له أو موته لأنه وكيله لا المرتهن إذ إذنه شرط فى صحته ، لكن يبطل إذنه بعزله أو بموته ، فإن جدده له لم يشترط تجديد توكيل الراهن له لأنه لم ينعزل ، وإن جدد الراهن إذنا له بعد عزله له اشترط إذن المرتهن لانعزال العدل بعزل الراهن (فإذا باع) العدل وقبض الثمن (فالثمن عنده من ضمان الراهن) لأنه ملكه والعدل نائبه ، فما تلف فى يده كان من ضمان المالك ويستمر ذلك (حتى يقبضه المرتهن) ولو ادعى العدل تلف الثمن فى يده ولم يبين سببا صدق بيمينه لأنه أمين ، فإن بينه فعلى ما يأتى فى الوديعة ، وإن ادعى تسليمه للمرتهن فأنكر صدق بيمينه لأن الأصل عدم التسليم ، وإذا رجع بعد حلفه على الراهن رجع على العدل الراهن وإن صدقه فى التسليم أو كان قد أذن له فيه أو لم يأمره بالإشهاد لتقصيره بترك الإشهاد . نعم لو شرط عليه عدم الإشهاد . لم يضمن قطعا ، صرح به الدارمى ، ولو ادعى غيبة من أشهدهم أو موتهم وصدقه الراهن لم يرجع عليه لاعترافه له فإن كذبه رجع لأن الأصل عدم الإشهاد (ولو تلفت ثمنه فى يد العدل ثم استحق المرهون) المبيع (فإن شاء المشترى رجع على العدل) لوضع يده عليه (وإن شاء) رجع (على الراهن) لإلجائه المشترى شرعا إلى التسليم للعدل بحكم توكيله (والقرار عليه) أى الراهن ، وظاهر كلامه عدم الفرق بين تلفه بتفريط وغيره والأصح خلافه ، فيضمن حينئذ العدل وحده كما اقتضاه كلام الماوردى ، قال : الأذرعى : وتعليلهم يرشد إليه وهو الوجه ، قال السبكى : وهو الأقرب لأن سبب تضمين الموكل أنه أقام الوكيل مقامه وجعل يده كيده ، فإذا فرط الوكيل فقد استقل بالعدوان فليستقل بالضمان ، قال الأسنوى : والمرتهن إذا صححنا بيعه كالعدل فيما ذكر ومحل نفى الضمان عن المرتهن إذا لم يتسلم الثمن ، فإن تسلمه ثم أعاده للعدل صار طريقا فى الضمان (ولا يبيع العدل) أو غيره المرهون (إلا بثمن مثله حالا من نقد بلده) كالوكيل ويؤخذ منه عدم صحة شرطه الخيار لغير موكله وأنه لايسلم المبيع قبل قبض الثمن وإلا ضمن ، ولو باع بدون ثمن المثل أو بغير نقد البلد لم يصح بيعه . نعم يغتفر النقص عن ثمن المثل بما يتغابن به الناس حيث لا راغب بأزيد وإلحاق الأسنوى

(قوله وعلى كلام الإمام) أى المشار إليه بقوله عدم الاشتراط (قوله مطلقا) أى سواء كان أذن قبل أم لا وبه جزم شيخنا الزيادى فى حاشيته (قوله أو موته) أى أو جنونه أو إغمائه كما يفيده التعبير بأنه وكيله (قوله لا المرتهن) أى لا بعزله ولا بموته (قوله صدق بيمينه) أى المرتهن (قوله وإن صدقه) غاية (قوله نعم لو شرط) أى الراهن عليه أى العدل (قوله ولو ادعى) أى العدل (قوله لاعترافه) أى بعدم تقصيره (قوله لوضع يده عليه) ومحله إن لم يكن نائب الحاكم لإذنه فى البيع لنحو غيبة الراهن وإلا لم يكن طريقا لأن يده كيد الحاكم اهـ حج (قوله حينئذ) أى حين التفريط (قوله العدل وحده) لعل المراد أن قرار الضمان عليه مع كون الراهن طريقان فى الضمان أيضا (قوله لغير موكله) أى وغير نفسه (قوله بما يتغابن به الناس) أى يبتلون بالغبن فيه كثيرا وذلك إنما يكون بالشىء اليسير اهـ ع

إذن بعد القبض وتعليل العراقيين المار يؤيد هذا الحمل (قوله لأنه لم يأذن قبل) أى أصلا بناء على الحمل الثانى لكلام العراقيين ، أو بعد القبض بناء على الحمل الأول له (قوله فعلى كلامهم لابد من إذنه الخ) لايخفى ما فى هذا السياق من القلاقة (قوله إذ إذنه شرط فى صحته) عبارة الشهاب حج : لأن إذنه إنما هو شرط فى الصحة (قوله أو غيره) أى من الفاسق إذا كانا يتصرفان عن أنفسهما على قياس مامر ، فليس مراده هنا بالغير مايشمل الراهن

الراهن والمرتهن به رده الزركشي تبعا لابن النقيب بأن الحق لهما لايعدوهما فيجوز بغير ذلك بخلاف العدل ، ورد عليه الشيخ بأن الكلام فى كل منهما منفردا . نعم محله فى بيع الراهن كما قاله الزركشي فيما إذا نقص عن الدين ، فإن لم ينقص عنه كما لو كان المرهون يساوى مائة والدين عشرة فباعه بإذن المرتهن بالعشرة صح ، إذ لاضرر على المرتهن فى ذلك » ، ولو قال الراهن للعدل لاتبعه إلا بالدراهم وقال له المرتهن لاتبعه إلا بالدنانير ولم يبع بواحد منهما لاختلافهما فى الإذن كذا أطلقاه ، ومحله كما قال الزركشي إذا كان للمرتهن فيه غرض وإلا كأن كان حقه دراهم ونقد البلد دراهم فقال الراهن بع بالدراهم وقال المرتهن بع بالدنانير فلا يراعى خلافه ، ويباع بالدراهم كما قطع به القاضى أبو الطيب والماوردى وغيرهما ، وإذا امتنع على العدل البيع بواحد منهما باعه الحاكم بنقد البلد وأخذ به حق المرتهن إن لم يكن من نقد البلد أو باع بجنس الدين وإن لم يكن من نقد البلد إن رأى ذلك حيث كان الرهن بقدر الحق (فإن زاد) فى الثمن (راغب) يوثق به زيادة لايتغابن بمثلها بعد لزوم البيع لم يؤثر . ويسن أن يستقبل المشترى ليبيعه من الراغب بالزيادة أو من المشترى إن شاء أو زاد الراغب (قبل انقضاء الخيار) للمجلس أو الشرط وهو ممن يوثق به (فليفسخ) أى العدل البيع حتما (وليبعه) له أو للمشترى إن شاء ، ولو باعه ابتداء من غير فسخ صح وكان فسخا وهو أولى وأحوط لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب ، فلو لم يفعل ماذكر انفسخ لأن زمن الخيار كحالة العقد وهو يمتنع عليه أن يبيع بثمن وهناك راغب بزيادة ، فلو رجع الراغب عن الزيادة فإن كان قبل التمكن من بيعه فالبيع الأول بحاله وإلا بطل واستؤنف من غير افتقار إلى إذن جديد إن كان الخيار لهما أو للبائع لعدم انتقال الملك فلا يشكل بامتناع بيع الوكيل مارد عليه بعيب أو بفسخ مشتريه بخيار مختص به لزوال ملك

(قوله به) أى العدل (قوله ورد عليه الشيخ) أى فى غير شرح منهجه (قوله بإذن المرتهن) أى فى البيع لا فى قدر الثمن (قوله إذ لاضرر) قضية جواز بيعه بغير نقد البلد حيث كان من جيث الدين وأذن فيه الراهن ، وبه صرح سم على حج (قوله قال الزركشي) هو المعتمد (قوله ونقد البلد دراهم) ليس بقيد كما قدمناه (قوله بواحد منهما) أى بأن كان للمرتهن غرض فيما عينه (قوله وإن لم يكن من نقد البلد) قال سم على المنهج : هلا كان للراهن ذلك انتهى . قلت : القياس أن له ذلك بالطريق الأولى ، نعم لو أراد بيعه بغير جنس الدين وتحصيل الدين منه فينبغى امتناعه إلا بإذن المرتهن لأنه ربما أدى ذلك إلى تأخير التوفية فيضر بالمرتهن (قوله بقدر الحق) أى أو دونه بخلاف مالو كانت قيمته أكثر من الدين لتضرر الراهن ببيع قدر الزائد بغير نقد البلد (قوله فليفسخ) أى وإن كانت زيادة الراغب محرمة كما علم من حرمة الشراء على الشراء . وقال سم على حج : أى حيث لم يكن الخيار للمشترى وحده انتهى (قوله إن كان الخيار لهما) أى أما إذا كان الخيار للمشترى فلا ينفسخ بزيادة الراغب ولا ينفذ الفسخ من العدل لو فسخ ، ولو فسخ المشترى نفذ فسخه ولا يبيعه العدل بالإذن السابق ، هذا وما اقتضاه كلامه من أنه يجوز للعدل شرط الخيار لهما أو للمشترى مناف لقوله السابق ويؤخذ منه عدم صحة شرط الخيار لغير

والمرتهن بدليل إفراده الكلام عليهما فيما يأتى فاندفع ما فى حواشى التحفة (قوله بأن الكلام فى كل منهما منفرداً) قد مر أن بيع المرتهن لايصح إلا بحضور الراهن ، فلعل صورة انفراد المرتهن هنا أنه باع بحضور الراهن والراهن ساكت ، لكن قد يتوقف فى عدم الصحة حينئذ بدون ثمن المثل ، وهلا كان إقرار الراهن على البائع بذلك كإذنه إذ لولا رضاه لمنع ، بل قد يقال إن هذه الصورة هى المراد من اجتماعهما على البيع وإلا فما صورته ، أو يتصور إنفراد المرتهن بما مر عن الزركشي فى شرح قول المصنف ولو باعه المرتهن بإذن الراهن فالأصح أنه إن باعه بحضرته صح وإلا فلا يتأمل (قوله بإذن المرتهن) شرط لأصل صحة البيع كما هو واضح (قوله لهما أو للبائع) أى

موكله عن المبيع فيهما ولو لم يعلم العدل بالزيادة حتى لزم البيع وهى مستقرة . قال السبكى : لأقرب عندى تبين الفسخ لكن لم أر من صرح به ، ولو ارتفعت الأسواق فى زمن الخيار فينبغى أن يجب عليه الفسخ كما لو طلب بزيادة بل أولى ولم يذكروه ، ولا فرق فى هذا بين عدل الرهن وغيره من الوكلاء والأوصياء ونحوهم ممن يتصرف لغيره (ومؤنة المرهون) التى بها بقاؤه من نفقة رقيق وكسوته وعلف دابة وأجرة سقى أشجار وجذاذ ثمار وتجفيفها ورد آبق ونحو ذلك (على الراهن) المالك إجماعا ، فعلم منه أن مؤنة المرهون المستعار على المالك لا الراهن (ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح) حفظا للوثيقة . والثانى لا يجبر عند الامتناع ، ولكن يبيع القاضى جزءا منه فيها بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهنا ، وعلى الأول لو غاب المالك أو أعسر فكما يأتى فى هرب الجمال . لا يقال قوله ويجبر عليها الخ حشو غير محتاج له بل يوهم أن الإيجاب متفق عليه وأن الخلاف إنما هو فى الإجبار وليس كذلك ، ولو حذفه لكان أصوب . نعم لو حذف الواو من قوله ويجبر زال الإبهام خاصة . لأنا نمنع ذلك ، إذ كلام الروضة صريح فى أن الخلاف فى الإجبار وعدمه فقط ، والاختصاص الخلاف بهذا لم يفرعه على ما قبله ولم يغن عنه من حيث الخلاف ولا من حيث الحكم لأن رعاية حق المرتهن أوجبت عليه حق الملك وحق الله تعالى ، وقد قدمنا أن كون المؤنة على المالك مجمع عليه إلا ما حكى عن الحسن البصرى وحينئذ فثبوت الواو متعين واستثناء المؤن المتعلقة بالمداواة كفصد وحجامة وتوديج دابة وهو بمنزلة الفصد فى الآدمى ومعالجة بأدوية حيث لا تجب عليه من كلامهم غير صحيح لعدم تسميتها مؤنة فلم يتناولها كلامهم ، لكن سيأتى فى النفقات أنه يجب على السيد أجرة الطبيب وثمن الأدوية وإن لم يجب عليه ذلك لنفسه اكتفاء بداعية الطبع فى حق نفسه ، بل الرقيق أولى بذلك من القريب فيحمل ما هنا من عدم الوجوب على أنه لا يجب ذلك من خالص ماله بل فى عين المرهون يباع جزء منه لأجلها إن لم يتعذر بيع جزء منه وإلا وجب فى خالص ماله حفظا

موكله ، ويمكن أن يجاب بحمل قوله إن كان الخيار لهما على خيار المجلس وذلك لأنه ثابت لهما ابتداء ، وإن أجازه أحدهما بقى للآخر فيتصور فيه كون الخيار لهما أو للمشترى (قوله وهى مستقرة) أى بأن جزم الراغب بالزيادة (قوله قال السبكى الخ) معتمد (قوله تبين) أى من حين إمكان الفسخ بعد الزيادة وفى الملك قبله الخلاف المتقدم فى البيع وتنبنى عليه الزوائد (قوله فينبغى أن يجب عليه) أى فلو لم ينفسخ انفسخ بنفسه (قوله لا الراهن) أى الذى هو المستعير (قوله فيباع أى وجوبا (قوله فلم يتناولها كلامهم) أى فلا تجب (قوله فى خالص ماله) أى

بأن اقتضاه المجلس وإلا فقد مر أن العدل لا يشرطه لغير الموكل (قوله بل أولى) أى لأن الزيادة صارت مستقرة يأخذ بها كل أحد (قوله على المالك لا الراهن) وانظر هل يجبر أيضا ، وظاهر سياق الشارح أنه يجبر أيضا لحق المرتهن وفيه وقفة (قوله من كلامهم) متعلق باستثناء (قوله بل الرقيق أولى بذلك الخ) عبارة الأذرعى : قال ابن الرفعة فى المطلب فى كتاب النفقات : لكنهم ألحقوا الرقيق بالقريب فى إيجاب الكفاية ، ومقتضاه أنه يجب على السيد ثمن الدواء وأجرة الطبيب ، وهو أولى من القريب لأنه لا سبيل له إلى تحصيله بخلافه . قال : وقولهم فى الرهن إنه لا يجبر عليها محمول على أنه لا يجب من خالص ماله الخ (قوله فيحمل ما هنا من عدم الوجوب على أنه لا يجب ذلك من خالص ماله الخ) وأجاب غيره بأن هذا الوجوب لحق القن لا لحق المرتهن فهو غير الوجوب

لحق القن ، ولهذا ذكرها المصنف عقب ذلك بقوله (ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون كفصد وحجامة) ومعالجة بالأدوية والمراهم حفظا لملكه ولأن فيه مصلحة ، وقلما يتولد منه ضرر فلو لم تكن حاجة منع من الفصد دون الحجامة. قال الماوردى والرويانى لخبر روى « قطع العروق مسقمة والحجامة خير منه » وله ختان الرقيق إن لم يخف منه وكان يندمل قبل الحلول صغيرا كان أم كبيرا كما أطلقه الجمهور لأنه لابد منه والغالب فيه السلامة ، وأما عدهم عدم الختان عيبا فى الكبير فأجيب عنه بحمله على كبير يخاف عليه من الختان وبأن التعييب بذلك مستحق كما لو رهن رقيقا سارقا فإنه يقطع فى يد المرتهن وإن كان عيبا ، وله قطع السلعة والمداوة إن غلبت السلامة ، فإن غلب التلف أو استوى الأمران أو شك فلا ، ويتخير فى قطع نحو يد متآكلة إن جرى الخطران وغلبت السلامة فى القطع على خطر الترك ، وإن استوى الخطران أو زاد خطر القطع بخلاف ما إذا لم تغلب السلامة فلا يجوز القطع ولو كان الخطر فى الترك دون القطع أولا خطر فى واحد منهما فله القطع كما فهم بالأولى ، وكذا لو كان الخطر فى القطع دون الترك وغلبت السلامة كما فهم من قطع السلعة والمداواة ، وله أيضا نقل مزدحم من نخل إن قال أهل الخبرة نقلها أنفع وقطع بعضها لإصلاح الأكثر والمقطوع منها مرهون بحاله ، وكذا ما يجفّ منها بلا قطع بالأولى ، وما يحدث من جريد وليف وسعف غير مرهون ، وكذا ما كان منها ظاهرا عند العقد كصوف بظهر الغنم

المالك (قوله ولهذا ذكرها) لعل وجه التنبيه أن ثم مقدمة محذوفة وهى مسلمة فى نفسها مثل والسيد يجب عليه فعل ما فيه المصلحة لرقيقه بما يدفع الهلاك أو نحوه عنه (قوله ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون) أى بل يجب عليه فعل ما فيه ذلك كما تقدم نقله عما فى النفقات (قوله وقلما يتولد) جواب عما يقال فعله ذلك قد يؤدى إلى ضرر يفوت به كأن يموت من الفصد (قوله مسقمة) أى طريق للمرض (قوله والحجامة خير منه) لعل هذا فيما إذا لم يخبر طبيب بضررها وإلا فلا تجوز كما هو ظاهر ، وقد يدل عليه قوله فإن لم تكن حاجة الخ الظاهر فى عدم حصول الضرر به (قوله إن غلبت السلامة يقينا) أخذا من قوله بعد أو شك (قوله وله) أى الراهن (قوله بلا قطع بالأولى) أى لأن المرهون لا ينفك منه شىء إلا بوفاء جميع الدين (قوله وكذا ما كان منها) أى غير المرهون

السابق (قوله ولهذا ذكرها المصنف الخ) انظر ما وجه هذا الاستنتاج (قوله حفظا لملكه) قد يقال فيه مخالفة لما مر قريبا (قوله فلو لم تكن حاجة) يفيد أن المتن مقيد بالحاجة وبه قيده غيره ، ويجوز أن يكون حمل المصلحة فيه على الحاجة (قوله إن جرى الخطران) أى خطر القطع وخطر الترك (قوله وغلبت السلامة فى القطع على خطر الترك) صوابه على خطره كما فى شرح الروض أى خطر القطع نفسه (قوله وإن استوى الخطران) أى خطر القطع والترك وقوله بخلاف ما إذا لم تغلب السلامة : أى فى القطع على خطره فهو محترز قوله وغلبت السلامه فى القطع الخ على ما مر فيه . وحاصل ما فى اليد المتآكلة من الأقسام كما يؤخذ من كلام الشارح التابع فيه للروض وشرحه أنه إما أن يتحقق الخطر فى كل من القطع والترك أو عدمه فيهما ، أو يتحقق خطر الترك دون القطع أو عكسه ، أو يجوز الخطر وعدمه فى كل منهما من غير تحقق ، فهذه خمسة أقسام ذكر الشارح حكم الثانى والثالث بقوله ولو كان الخطر فى الترك دون القطع أو لا خطر فى واحد منهما فله القطع ، وأما الرابع فليس له القطع فيه إلا إن غلبت السلامة كما أفهمه قوله وكذا لو كان الخطر فى القطع دون الترك وغلبت السلامة ، ومثله الأول بالأولى ، وأما الخامس ففيه ستّ عشرة صورة لأن كل واحد من القطع والترك على حدته إما أن يكون خطره أغلب من سلامته أو عكسه أو يستوى الأمران أو يشق فيهما ، فهذه أربع صور فى كل منهما تضرب فى أربعة الآخر فيحصل

على الأوجه ، وله رعى الماشية نهارا فى الأمن ويردها ليلا إلى عدل يتفقان عليه أو ينصبه الحاكم ، وله أن يذهب بها لكلإ ونحوه لعدم الكفاية فى مكانها ويردها ليلا لمن ذكر (وهو) أى المرهون (أمانة فى يد المرتهن) لخبر « الرهن من راهنه » أى من ضمانه « وله غنمه وعليه غرمه » فلو شرط كونه مضمونا لم يصح الرهن ، واستثنى البلقينى تبعا للمحاملى ثمانى مسائل : مالو تحول المغصوب رهنا ، أو تحول المرهون غصبا ، أو تحول المرهون عارية ، أو تحول المستعار رهنا ، أو رهن المقبوض ببيع فاسد ، أو رهن مقبوض بسوم ، أو رهن ما بيده بإقالة أو فسخ قبل قبضه ، أو خالع على شىء ثم رهنه قبل قبضه ممن خالعه (ولا يسقط بتلفه شىء من دينه) كموت الكفيل بجامع التوثق ، ولأنه لو سقط بتلفه لكان تضييعا له وإتيانه بالواو فى ولا يسقط أحسن من حذف أصله لها كالروضة وأصلها لدلالتها على ثبوت حكم الأمانة مطلقا وتسبب عدم السقوط عنها ، ولا يلزمه ضمانه بمثل أو قيمة إلا إن استعاره من الراهن كما مر أو تعدى فيه أومنع من رده بعد سقوط الدين والمطالبة ، أما بعد سقوطه وقبل المطالبة فهو باق على أمانته ، ولو قال خذ هذا الكيس واستوف حقك منه فهو أمانة فى يده إلى أن يستوفى ، فإذا استوفاه صار مضمونا

(قوله على الأوجه) وعلى هذا فالفرق بينه وبين البيع حيث يدخل فيه الموجود من الصوف والسعف أن البيع قوى يستتبع ، بخلاف الرهن كما تقدم فيما لو قال رهنتك هذه الأرض وفيها بناء أو شجر (قوله ويردها ليلا) أى حيث اعتيد العود بها ليلا من المرعى ، فلو اعتيد المبيت بها فى المرعى لم يكلف ردها ليلا بل يمكث بها لتمام الرعى على ماجرت به العادة (قوله واستثنى البلقينى) أى من كونه أمانة فيكون مضمونا (قوله غصبا) بأن تعدى فيه (قوله عارية) أى بأن أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع به (قوله ببيع فاسد) أى تحت يد المشترى له (قوله بسوم) أى من المستام (قوله أو رهن ما بيده) أى عند من هو تحت يده (قوله صار مضمونا) أى ما استوفاه والباقى أمانة

ماذكر ، والقطع جائز فى أربع منها ، وهى ما إذا غلبت سلامة القطع على خطره مع أحوال الترك الأربعة ، ويمتنع القطع فيما غلب خطره على سلامته واستوى الأمران فيه أو شك فيهما فتضرب وهذه الأحوال الثلاثة فى أربعة الترك فتحصل الاثنا عشر الباقية . فالحاصل أنه متى جاز خطر كل من القطع والترك فالمدار فى جواز القطع على غلبة السلامة فيه مطلقا ، فمتى غلبت السلامة فيه جاز وحيث لا لا ، ولا نظر لجانب الترك أصلا حينئذ ولهذا قال فى شرح الروض : لو قال أى صاحب الروض عقب قطع السلعة أو عضو متأكل لأغنى عن قوله ويتخير (قوله وله رعى الماشية نهارا الخ) عبارة الروض وشرحه فرع له أيضا رعى الماشية فى الأمن نهارا ويردها ليلا إلى المرتهن أو العدل وله أن ينتجع أى يذهب بها إلى الكلأ ونحوه لعدم الكفاية لها فى مكانها ويردها ليلا إلى عدل يتفقان عليه أو ينصبه الحاكم كما ذكره الأصل انتهت . فمراده بالعدل الذى ذكره أولا معرفا العدل المتقدم ذكره فى المتن ، بخلاف العدل الذى ذكره منكرا فى صورة الانتجاع فإن المراد به : أى عدل إذ الصورة أنه بعيد عن المرتهن وعن عدل الرهن ، وبهذا تعلم مافى كلام الشارح (قوله أو خالع على شىء ثم رهنه الخ) الضمان فى هذه ضمان عقد بخلاف ماقبلها كما لايخفى (قوله وتسبب عدم السقوط عنها) ولعل لايخفى أن الواو لاتفيد السببية فى عبارته سقطا ، وعبارة الدميرى : قال الشيخ : يعنى السبكى وقول المصنف ولا يسقط بالواو أحسن من حذفها فى المحرر والشرحين والروضة لأنها تدل على ثبوت حكم الأمانة مطلقا حتى يصدق فى التلف ، ولا يلزمه ضمان لابقيمة ولا بمثل خلافا لمن خالف فيه ، لكنه لو عطف بالفاء كصاحب التنبيه كان أحسن فإنه يفيد ثبوت الأمانة مطلقا وتسبب عدم السقوط عنها انتهت (قوله فإذا استوفاه صار مضمونا عليه) عبارة الروض وشرحه : فرع

عليه ، ولو قال خذه بدراهمك وكان مافيه مجهول القدر أو أكثر أو أقل من دراهمه لم يملكه ودخل فى ضمانه بحكم الشراء الفاسد ، وإن كان معلوما بقدر حقه ملكها إن لم يكن للكيس قيمة وإلا فهو من قاعدة مد عجوة ودرهم (وحكم فاسد العقود) الصادرة من رشيد (حكم صحيحها فى الضمان وعدمه) لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والإعارة ففاسده أولى أو عدمه كالرهن والهبة من غير ثواب والعين المستأجرة ففاسده كذلك لأن واضع اليد أثبتها بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضمانا ، والمراد بما ذكر التسوية فى أصل الضمان لا فى الضامن ولا فى المقدار فإنهما قد لا يستويان ، وخرج بزيادة الصادرة من رشيد مالو صدر من غيره مالايقتضى صحيحه الضمان فإنه مضمون . قال بعضهم: لايصح استثناء هذه فإن عقده باطل لا فاسد لرجوع الخلل إلى ركن العقد ، ويرد بأنه لايأتى إلا على من فرق بين الباطل والفاسد وهما مترادفان إلا فى أربع مسائل واستثنى من الأول مالو قال

(قوله بحكم الشراء الفاسد) أى فيضمن ضمان المغصوب (قوله بقدر حقه) أى وهو بقدر الخ (قوله كالبيع والإعارة ففاسده أولى الخ) قضيته أنه لافرق فى العارية فى عدم ضمان المنفعة بين الصحيحة والفاسدة لأن غاية أمرها أنها إتلاف للمنفعة بإذن المالك ، ومن أتلف مال غيره بإذنه والآذن أهل للإذن لم يضمن (قوله ففاسده كذلك) أى لايقتضى الضمان بل هو مساو له فى عدم الضمان . قال سم على منهج : ولم يقل أولى لأن الفاسد ليس أولى بعدم الضمان بل بالضمان اهـ . ووجه ذلك أن عدم الضمان تخفيف وليس الفاسد أولى به بل حقه أن يكون أولى بالضمان لاشتماله على وضع اليد على مال الغير بلا حق فكان أشبه بالغصب (قوله بما ذكر) أى من قوله فى الضمان (قوله لا فى الضامن) فلا يرد كون الولى لو استأجر لموليه فاسدا تكون الأجرة عليه وفى الصحيحة على موليه اهـ حج (قوله ولا فى المقدار) فلا يرد كون صحيح البيع مضمونا أى مقابلا فاندفع تنظير شارح فيه بالثمن وفاسده بالبدل والقرض بمثل المتقوم الصورى وفاسده بالقيمة ونحو القراض والمساقاة والإجارة بالمسمى وفاسدها بأجرة المثل اهـ حج . وقوله بالقيمة : أى فى المتقوم وهى أقصى القيم كالمقبوض بالشراء الفاسد (قوله فإنهما) أى الصحيح والفاسد (قوله قد لايستويان) أى فى الضامن والمقدار (قوله صحيحة) أى كالمرتهن (قوله مضمون) أى على المرتهن (قوله لايصح استثناء هذه) هى قوله مالو صدر من غيره الخ (قوله إلا فى أربع مسائل) وهى : الحج ، والعمرة ، والخلع ، والكتابة . فالفاسد من الحج والعمرة يجب قضاؤه والمضى فيه ، والخلع الفاسد يترتب عليه البينونة ، والكتابة الفاسدة قد يترتب عليها العتق ، بخلاف الباطل منها فلا يترتب عليه شىء منها (قوله من الأول)

او أعطاه كيس دراهم ليستوفى حقه منه فهو أمانة بيده قبل أن يستوفى منه كالمرهون ، فإن استوفى منه ضمن الجميع أى الكيس وما استوفاه لأن الكيس فى حكم العارية وما استوفاه أمسكه لنفسه ، والقبض المذكور فاسد لاتحاد القابض والمقبض كما لوقال خذ هذه الدراهم فاشتر بها جنس حقك واقبضه لى ثم اقبضه لنفسك ، وإن قال خذه ، أى الكيس بما فيه بدراهمك فأخذه فكذلك : أى يضمنه بحكم الشراء الفاسد ولا يملكه إلا إن علم أنه قدر ماله ولم يكن سلما ولاقيمة للكيس وقبل ذلك فيملكه إلى آخر مافيهما (قوله و المراد بما ذكر التسوية فى أصل الضمان الخ) أى بناء على الظاهر من أن المراد بالضمان وعدمه مايشمل ضمان نحو الثمن والأجرة ، وإلا فسيأتى أن المراد بالضمان الضمان المقابل للأمانة بالنسبة للعين لا بالنسبة لأجرة ولا غيرها وعليه فلاحاجة لهذا المراد (قوله إلا فى أربع مسائل) عبارة التحفة إلا فى أبواب أربعة وما ألحق بها ، ومراده بالأبواب الأربعة : الحج ، والعارية ، والخلع ، والكتابة (قوله واستثنى من الأول) أى من الضمان

قارضتك على أن الربح كله لى فهو قراض فاسد ولا يستحق العامل أجرة ، وما لو قال ساقيتك على أن الثمرة كلها لى فهو كالقراض فيكون فاسدا ولا يستحق العامل أجرة ، وما لو صدر عقد الذمة من غير الإمام فهو فاسد ولا جزية فيه على الذمى ، وما لو عرض العين المكتراة على المكترى فامتنع من قبضها إلى إن انقضت المدة استقرت الأجرة ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر ، وما لو ساقاه على ودى مغروس أو ليغرسه ويتعهده مدة والثمرة بينهما وقدر مدة لاتتوقع فيها الثمرة فهو فاسد ولا يستحق العامل أجرة ، واستثنى من الثانى الشركة فإنه لايضمن كل منهما عمل الآخر مع صحتها ويضمنه مع فسادها ، وما لو صدر الرهن أو الإجارة من متعد كغاصب فتلفت العين فى يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه وإن كان القرار على المتعدى مع أنه لاضمان فى صحيح الرهن والإجارة . وإلى هذه المسائل أشار الأصحاب بالأصل فى قولهم الأصل أن فاسد كل عقد الخ ، وفى الحقيقة لا يصح استثناء شىء من القاعدة لا طردا ولا عكسا لأن المراد بالضمان المقابل للأمانة بالنسبة للعين لا بالنسبة لأجرة ولا غيرها ، فالرهن صحيحه أمانة وفاسده كذلك والإجارة مثله ، والبيع والعارية صحيحهما مضمون وفاسدهما مضمون فلا يرد شىء .
ومن فروع هذه القاعدة ما ذكره بقوله (ولو شرط كون المرهون مبيعا له عند المحل فسدا) أى الرهن لتأقيته والبيع لتعليقه (وهو) أى المرهون فى هذه الصورة (قبل المحل) بكسر الحاء أى وقت الحلول (أمانة) لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد ، واستثنى الزركشى ما إذا لم يمض بعده زمن يتأتى فيه القبض وتلفت فلا ضمان لأنه الآن على حكم الرهن الفاسد ، وقد ينازع فيه إذ القبض يقدر فيه فى أدنى زمن عقب انقضاء

أى قول المصنف فى الضمان (قوله قراض فاسد) أى وإن جهل الفساد على الراجح خلافا لحج (قوله ولا يستحق العامل أجرة) أى سواء علم أم لا (قوله ولا جزية فيه) أى سواء علم أم لا (قوله استقرت الأجرة) أى فى الصحيحة (قوله على ودىّ) اسم لصغار النخل (قوله واستثنى من الثانى) أى قول المصنف وعدمه (قوله ويضمنه مع فسادها) أى فيضمن كل أجرة مثل عمل الآخر إن اتفقا عليه ، فلو اختلفا وادعى أحدهما العمل صدق المنكر لأن الأصل عدم العمل ، ولو اختلفا فى قدر الأجرة صدق الغارم حيث ادعى قدرا لائقا (قوله وإن كان القرار على المتعدى) أى إذا كانا جاهلين ، أما إذا كانا عالمين فالقرار عليهما (قوله بالنسبة للعين) أى التى وضعت اليد عليها بإذن من المالك فيخرج بقوله بالنسبة للعين ، ماعدا مسئلة الغاصب إذا آجر أو رهن ، وبقولنا أى التى وضعت الخ مسئلة الغاصب (قوله عند المحل) بكسر الحاء اهـ محلى (قوله ما إذا لم يمض بعده) أى بعد الحلول ووجهه أنه انتقل من الرهن إلى الشراء الفاسد ذلك الوقت فلا بد من مضىّ زمن يمكن فيه القبض حتى تترتب عليه أحكام الشراء (قوله فى أدنى زمن) قد يصوّر كلام الزركشى بما لو كانت العين غائبة عن المجلس وقت الحلول فإنه يشترط لحصول قبضها مضىّ زمن يمكن فيه الوصول إليها ، إلا أن يقال بعدم اشتراط ذلك لأن القبض السابق وقع عن الجهتين جميعا فلا يحتاج إلى مضىّ زمن بعد الحلول أخذا مما يأتى فى قوله لأن القبض وقع عن الجهتين جميعا الخ

(قوله واستثنى من الثانى) أى عدم الضمان (قوله المقابل للأمانة) بالرفع خبر إن بحذف الموصول : أى المراد بالضمان الضمان المقابل للأمانة بالنسبة للعين : أى لا الضمان الشامل لنحو الثمن والأجرة ، ويدل على هذا المراد مسئلتا الرهن والإجارة من متعد ويجاب عنهما بأن الضمان فيهما إنما جاء من حيث التعدى لا من حيث كون العين مرهونة أو مؤجرة

الرهن من غير فاصل بينهما ، ومن ذلك مالو رهنه أرضا وأذن له فى غرسها بعد شهر فهى قبل الشهر أمانة بحكم الرهن وبعده عارية مضمونة بحكم العارية ؛ لأن القبض وقع عن الجهتين جميعا فلزم كونه مستعيرا بعد الشهر ، وخرج بقوله لو شرط مالوقال رهنتك وإذا لم أقبضه عند الحلول فهو مبيع منك فسد البيع . قال السبكى : ويظهر لى أن الرهن لايفسد لأنه لم يشترط فيه شيئا اه . والأوجه فساده أيضا (ويصدق المرتهن فى دعوى التلف بيمينه) إن لم يذكر سببا له وإلا ففيه التفصيل الآتى فى الوديعة والغرض من هذه المسئلة نفى الضمان ولم يصرح به المصنف وإلا فالمتعدى ولو غاصبا يصدق بيمينه فى ذلك (ولا يصدق فى) دعوى (الرد) على الرهن (عند الأكثرين) لأنه قبضه لغرض نفسه كالمستعير ، ويخالف دعواه التلف لأنه لايتعلق باختياره فلا تمكن فيه البينة غالبا ، وضابط من يقبل قوله فى الرد أن كل أمين ادعاه على من ائتمنه صدق بيمينه إلا المكترى والمرتهن لما مر (ولو وطئ المرتهن) الأمة (المرهونه) من غير إذن المالك (بلا شبهة) منه (فزان) يجب عليه الحد والمهر إن أكرهها بخلاف ما إذا طاوعته (ولا يقبل قوله جهلت تحريمه) أى الوطء (إلا أن يقرب إسلامه أو ينشأ ببادية

(قوله ومن ذلك) أى من فروع القاعدة المذكورة (قوله وبعده عارية) ظاهره وإن لم يغرس وهو واضح لما أشار إليه بقوله لأن القبض وقع عن الخ فبانتهاء الشهر تصير مقبوضة بالعارية والمعار يضمن بالقبض وإن لم ينتفع به المستعير (قوله لم أقبضه) أى الدين (قوله فسد البيع) كان الأولى أن يقول فإنه يفسد الخ ، فإنه لايظهر ترتيبه على مضمون قوله وخرج بقوله الخ (قوله والأوجه فساده) أى الرهن خلافا لحج (قوله أيضا) أى حيث ذكر قوله وإذا لم أقبضه الخ على الفور . ووجه الفساد أن مثل هذا إذا وقع يكون مرادا به الشرط . وعليه فلعل الفرق بين هذا وبين مالو قال أنت طالق ولى عليك ألف حيث وقع الطلاق رجعيا ولم يلزمها الألف مالم يرد به الإلزام ما أشار إليه سم على حج عنه بقوله لأنه لايراد به : أى فيما هنا إلا الشرط ، بخلاف ما فى الطلاق فإن الصيغة تحتمل الحالية ويكون المراد ولى عليك ألف أطالب به (قوله فى دعوى التلف) حيث لاتفريط وجعل منه جمع مالو رهنه قطع بلخش فادعى سقوط و احدة من يده قالوا لأن اليد ليست حرزا لذلك اه حج . وفائدة عدم التصديق فى هذه وما أشبهها تضمينه لا أنه يحبس إلى أن يأتى به لأنه قد يكون صادقا فى نفس الأمر فيدوم الحبس عليه لو لم نصدقه كما يؤخذ من قوله والغرض الخ (قوله إلا المكترى) أى بأن اكترى حمارا مثلا ليركبه إلى بولاق مثلا فركبه ثم ادعى رده إلى من استأجره منه وليس من ذلك الدلال والصباغ والخياط والطحان لأنهم أجراء لا مستأجرون لما فى أيديهم فى دعوى الرد .

[فائدة] قال السبكى : كل من جعلنا القول قوله فى الرد كانت مؤنة الرد للعين على المالك اه (قوله يجب عليه الحد والمهر) قال فى شرح الروض : قال الأذرعى : وينبغى أن يزاد عليهما أو كانت المرهونة لأبيه أو أمه فادعى أنه جهل تحريم وطئها عليه كما نص عليه الشافعى فى الأم والأصحاب فى الحدود ولا يصدق فى غير ذلك اه . سم على حج . ومن الغير مالو وطئ أمة زوجته وادعى ظن جوازه فيحد لأنه لا شبهة له فى مال زوجته ، وقوله وينبغى أن يزاد عليهما : أى فى سقوط الحد ، وقوله أو كانت المرهونة إنما قيد بالمرهونة لكون الكلام فيه وإلا فالأقرب أنه لافرق بين المرهونة وغيرها (قوله بخلاف ما إذا طاوعته) أى ولا شبهة لها (قوله إلا أن يقرب) أى

(قوله بخلاف ما إذا طاوعته) أى وكانت غير معذورة لجهل بما يأتى

بعيدة عن العلماء) فيقبل قوله لدفع الحد لأنه قد يخفى عليه بخلاف غيره ويجب المهر واحترز بقوله بلا شبهة عما لوظنها زوجته أو أمته فلا حد عليه ويجب المهر وظاهر كلامهم أن المراد جهل تحريم وطء المرهونة: يعنى قال ظننت أن الارتهان يبيح الوطء وإلا فكدعوى جهل تحريم الزنا، وقول الأذرعى إن أراد الأئمة بقرب الإسلام من قدم من دار الحرب ونحوها فذاك، وأما مخالطونا من أهل الذمة فلا ينقدح فرق بينهم وبين الأغنياء من عوامنا فإما أن يصدقوا أو لايرده ظاهر إطلاقهم، وقول الشارح فزان كما فى المحرر جواب لو بمعنى إن مجردة عن زمان أراد به الجواب عما يقال لو نفسها لاتجاب بالفاء بأنهم أجروها مجرى إن وكونها مجردة عن الزمان لاقتضائها الاستقبال، وقوله فهوزان لأن جوابها لايكون إلا جملة (وإن وطىء بإذن الراهن) المالك لها (قبل دعواه جهل التحريم) للوطء مطلقا (فى الأصح) إذ قد يخفى التحريم مع الإذن حيث كان مثله يجهل ذلك كما هو واضح. والثانى لايقبل

غير من قرب عهده بالإسلام (قوله بعيدة) أى لم تجر العادة فيها بتعلم (قوله بخلاف غيره) أى غير من قرب عهده بالإسلام (قوله ويجب المهر) أى مالم تعلم أنه أجنبى ولم يوجد منه إكراه، فلو اختلفا فى الإكراه وعدمه صدق هو لأن الأصل عدم الإكراه وعدم لزوم المهر لذمته (قوله قال ظننت) قضيته أنه لو قال لاظننت حرمة ولا عدمها وجوب الحد وهومقتضى قوله الآتى وأفهم كلامه وجوب الحد عند انتفاء دعواه الخ (قوله وإلا فكدعوى الخ) قضيته الفرق مابين مالو ادعى جهل تحريم الزنا وطء المرهونة، وقد سوى حج بينهما فى الحكم، وهو أنه إن قرب عهده بالإسلام أو نشأ بعيدا عن العلماء قبل وإلا فلا، والأقرب ماقاله حج سيما إذا كان من أهل البوادى الذين لايخالطون من يبحث عن الحرام والحلال فإنهم قد يعتقدون إباحة الزنا لعدم بحثهم عن الحلال والحرام حتى فيما بينهم وإن كان الزنا لم يبح فى ملة من الملل، وأيضا قوله وإلا فكدعوى جهل تحريم الزنا: أى فلا يقبل منه مطلقا قرب عهده بالإسلام أم لا (قوله ويرده ظاهر إطلاقهم) أى فلا فرق بين المخالط وغيره (قوله بأنهم) صلة قوله الجواب (قوله وكونها مجردة) أراد به دفع سؤال آخر تقديره لو موضوعة للماضى وفى هذا التركيب هى دالة على المستقبل. وحاصل الجواب أنها جردت عن الزمان كما أن إن لا دلالة لها عليه فجاز استعمالها فى المستقبل (قوله بإذن الراهن المالك) لم يذكر محترزه وفى حج مانصه: أما إذن راهن مستعير أو ولىّ راهن فكالعدم اهـ. أى فلا تقبل دعواه جهل التحريم مع إذنهما إلا حيث قرب عهده بالإسلام أو نشأ بعيدا عن العلماء، وينبغى أن محل ذلك حيث علم أن الآذن مستعير أو ولى، فإن ظنه مالكا قبل دعواه جهل التحريم حيث خفى على مثله (قوله مطلقا) قرب عهده بالإسلام أم بعد (قوله حيث كان مثله) أى بأن لم يكن مشتغلا بالعلم وإن كان بين أظهر المسلمين فلا

(قوله ويجب المهر) أى إن عذرت (قوله بأنهم أجروها) متعلق بلفظ الجواب (قوله وكونها مجردة عن الزمان لاقتضائها الاستقبال) يجوز أن يكون معطوفا على لفظ الجواب: أى وأراد الشارح كونها مجردة عن الزمان الخ، وغرضه من ذلك شرح قول الجلال مجردة عن الزمان: أى وأراد الجلال بقوله مجردة عن الزمان كونها مجردة عن الزمان لاقتضائها: أى أن الاستقبال فمحط شرحه لكلام الجلال قوله لاقتضائها الاستقبال لكن فى عبارته قلاقة، ويصح قراءة كونها بالرفع على الابتداء وخبره قوله لاقتضائها: أى وكونها مجردة عن الزمان إنما قيد به الجلال لاقتضائها الاستقبال. وحاصل جواب الجلال أن لولا تكون إلا شرطا للمضى حتى إذا وليها مستقبل يؤول بالمضى، وأما إن فهى شرط للاستقبال فهى ضدها فى الزمان فلا يصح حملها عليها إلا بعد تجريدها من

لبعد مايدعيه إلا أن يقرب عهده بالإسلام أو ينشأ بعيدا عن العلماء ، وإذا قبل قوله فى ذلك (فلا حد) عليه ، وأفهم كلامه وجوب الحد عند انتفاء دعواه الجهل وهو كذلك (وعليه المهر إن أكرهها) أو جهلت تحريمه كأعجمية لاتعقل (والولد حر نسيب) هنا وفى صورتى انتفاء الحد السابقتين لأن الشبهة كما تدرأ الحد تثبت النسب والحرية (وعليه قيمته للراهن) المالك لتفويته الرق عليه ، وما استثناه الزركشى فيما لوكان يعتق على الراهن مفرع على رأى مرجوح ، وإذا ملك المرتهن هذه الأمة لم تصر أم ولد له لأنها علقت به فى غير ملكه نعم لوكان أبا للراهن صارت أم ولد له بالإيلاد كما هو معلوم فى النكاح ؛ فإن ادعى بعد وطئها أنه كان اشتراها أو اتهبها من الراهن وقبضها منه فى الثانية أو زوّجه إياها فحلف الراهن بعد إنكاره فالولد رقيق له كأمه لأن الأصل عدم ما ادعاه المرتهن ، فإن ملكها المرتهن فى غير صورة التزويج صارت أم ولد له والولد حرّ لإقراره كما لو أقر بحرية رقيق غيره ثم

تناف بين قوله مطلقا وقوله حيث كان الخ لأن المراد بالإطلاق التسوية بين قريب الإسلام وبعيده (قوله عند انتفاء دعواه) ومنه مالوقال ظننت حرمة إلى آخر ماذكرناه (قوله وهو كذلك) ولا يعتد بما نقل عن عطاء لما مر أنه مكذوب عليه ، وبفرض صحته فهى شبهة ضعيفة جدا فلا ينظر إليها اهـ حج . وقوله بما نقل عن عطاء : أى من إباحة الجوارى للوطء (قوله وعليه المهر) قال شيخنا الزيادى : ويجب فى بكر مهر بكر ، ويتجه وجوب أرش البكارة مع عدم الإذن لا مع وجوده ، لأن سبب وجوبه الإتلاف وإنما يسقط أثره بالإذن ، وهذا هو المعتمد انتهى. وفى سم على حج مايوافقه ، ويشكل عليه ماصرح به الشارح وغيره فى وطء الغاصب المغصوبة من أن الواجب المهر من غير أرش بكارة ، وهذه لاتخرج عن كونها فى حكم المغصوبة ، ولا تلحق بالمقبوضة بالشراء الفاسد لأن تلك فرق فيها بأن فيها جهتين جهة التعدى والعقد المختلف فيه وتقدم الكلام عليه فليتأمل ماهنا مع مامر اللهم إلا أن يقال لما كان الواطئ مستندا فى ظن الجواز للرهن ألحق بالمشترى شراء فاسدا فيأتى فيه ماقيل فى سبب إيجاب وطء المشترى لمهر البكر وأرش البكارة (قوله إن أكرهها) أى ولا تدخل تحت يده بذلك فلا تصير مضمونة عليه لو تلفت بعد ذلك بغير الوطء . أما لو تلفت به فيضمن ولو اختلف الواطئ والأمة فى الإكراه وعدمه هل تصدق الأمة أو الواطئ ؟ فيه نظر ، ويحتمل الأول لأن الأصل وجوب المهر فى وطء أمة الغير ، والأقرب الثانى لأن الأصل عدم الإكراه وعدم لزوم المهر ذمة الواطئ (قوله وفى صورتى) هما قرب الاسلام ونشوءه بعيدا عن العلماء (قوله وعليه قيمته) وإن كان الواطىء ولدا للمالك ولا نظر لكونه بتقدير رقه كأن يعتق عليه لكونه ولد ابنه (قوله فيما لوكان يعتق على الراهن) بأن كانت الأمة لأصله فإنه لو فرض رقه عتق على الراهن لكونه فرعه (قوله على رأى مرجوح) أى وهو أن الولد ينعقد رقيقا والمعتمد أنه ينعقد حرا (قوله نعم لوكان) أى الواطئ (قوله كما هو معلوم فى النكاح) أى من أنه يقدر دخولها فى ملكه قبيل العلوق (قوله أنه كان اشتراها) أى ولا حد عليه لاحتمال مايدعيه والحد يسقط بالشبهة (قوله فى غير صورة التزويج) وهو ما ادعى

الزمان (قوله أو زوّجه إياها) ليست هذه فى شرح الروض ولا يلائمها ما بعدها لأن الولد حينئذ رقيق بكل تقدير فلا يتأتى قوله بالنسبة إليها فالولد رقيق بعد قوله فحلف الراهن بعد إنكاره ، إذ قضيته أنه إذ لم يحلف يكون حرا ، ولا يصح فيها قوله فإن ملكها المرتهن صارت أم ولد له ، وفى بعض النسخ استثناء مسئلة التزويج من الأحكام الآتية وهى مصححة للكلام وإن خلا ذكر مسئلة التزويج هنا عن الفائدة

اشتراه ، وكذا لو حلف بعد نكول الراهن كما فى الروضة (ولو تلف المرهون) بعد القبض (وقبض بدله) أو لم يقبض كما فى الروضة فما ذكره المصنف مثال لاقيد (صار رهنا) لقيامه مقامه ويجعل بيده من كان الأصل فى يده من غير احتياج لإنشاء رهن ، بخلاف بدل ما أتلف من الموقوف حيث احتاج لإنشاء وقف . والفرق أن القيمة يصح أن تكون رهنا ولا يصح أن تكون وقفا ، ولا يضر كونه دينا قبل قبضه لأن الدين إنما يمتنع رهنه ابتداء كما مر ، وشمل إطلاقهم مر لو أتلفه المرتهن ووجبت عليه القيمة ، والأوجه أنها لاتكون رهنا لأنه لايكون ماوجب عليه رهنا له ، وقد يقال بمساواته لغيره وفائدته تقديمه بذلك القدر على الغرماء ، وشمل أيضا مالوكان الراهن وهو كذلك فيما يظهر لأن شرط الراهن اقتضى وجوب رعاية وجوده لوجود بدله ، ويلزم من وجوده فى الذمة الحكم عليه بالرهنية . والفرق بينه وبين غيره ممنوع إذ الحكم عليه بالرهنية فى ذمة الراهن هنا وفيما مر فى قيمة العتيق فائدة أى فائدة ، وهى أنه إذا مات وليس له سوى قدر القيمة فإن حكمنا بأن ما فى ذمته رهن قام ما خلفه مقامه فيقدم به المرتهن على موئنة التجهيز وبقية الغرماء وإلا قدمت موئنة التجهيز واستوى هو والغرماء ، وكأن الشيخ ظن انحصار الفائدة فى عدم صحة إبراء الزاهن الجانى مما فى ذمته ، وهذا لايتأتى إذا كان هو الراهن وليست منحصرة فى ذلك كما هو ظاهر مما قررناه (والخصم فى البدل الراهن) المالك كالمؤجر والمعير والمودع لكن لايقبضه وإنما يقبضه من كان الأصل بيده ،

شراءها أو ارتهانها (قوله أو لم يقبض) محله حيث لم يكن المتلف للمرتهن على ما يأتى له (قوله مثال لاقيد) هو كذلك بالنسبة لأصل الحكم غير أنه إذا قبض كان رهنا قطعا وإن لم يقبض ففى كونه رهنا فى ذمة المتلف وجهان كما ذكره المحلى والراجح منهما أنه يصير رهنا ، فلعل المصنف قيد بالقبض لعدم حكايته الخلاف (قوله من كان الأصل فى يده) أى راهنا أو مرتهنا أو أجنبيا (قوله لإنشاء وقف) أى من الحاكم لما اشتراه ببدله (قوله ولا يضر كونه) أى بدل المتلف (قوله والأوجه) خلافا لابن حجر (قوله وقد يقال) جزم بهذا شيخنا الزيادى فى حاشيته (قوله بمساواته) أى المرتهن (قوله وهو كذلك) أى أنها تكون رهنا (قوله والفرق بينه) أى الراهن (قوله قام ماخلفه) فيه نظر لأن ما فى الذمة ليس منحصرا فيما خلفه حتى يتعلق الحق به . نعم بموته تعلقت الديون كلها بتركته . ومن جملتها ما هو مرهون ومقتضاه أن لايتقدم به على غيره من الغرماء ، إلا أن يقال إنه لما حكم برهنه وهو فى الذمة ولم يوجد مايتعلق به سواه قلنا بانحصار ما فى الذمة فيما خلفه فيقدر تعلقه به قبل موته (قوله وكأن الشيخ) أى فى شرح الروض (قوله مما قررناه) أى فى قوله فإن حكمنا بأن الخ (قوله لكن لايقبضه) عبارة سم على المنهج : واختار مر صحة قبض غير المالك ممن كان الأصل فى يده كما يصح قبض المالك أيضا . وأقول : كان وجهه أنه لما كان الأصل فى يده وهو مستحق للوضع تحت يده صار نائبا للمالك شرعا فى القبض فاعتد بقبضه انتهى . وهو مخالف لما ذكره هنا ، إلا أن يقال المراد أنه لايتعين أن يقبضه بل يخير الجانى بين إقباضه للمرتهن والراهن . ويؤيد هذا الحمل ماتقدم من أن الغاصب لو رد العين المغصوبة على من كانت تحت يده بحق برئ فقوله لايقبضه معناه لايتعين

(قوله والفرق بينه وبين غيره) أى بأنه لافائدة للحكم عليه فى ذمته بأنه رهن بخلافه فى ذمة غيره كما يعلم من مستند المنع الذى ذكره ، والفارق هو شيخ الإسلام كما ستأتى الإشارة إليه فى قول الشارح وكان الشيخ الخ ، وكان ينبغى للشارح التصريح بذكره ليتضح الكلام الآتى (قوله المالك) الأولى حذفه ليتأتى قوله الآتى وإنما عبر بالراهن الخ وأما المعير فسيأتى استدراكه (قوله لكن لايقبضه وإنما يقبضه من كان الأصل بيده) هذا فى الراهن والمؤجر فقط كما هو ظاهر

قاله الماوردى ، وإنما عبر بالراهن ليشمل الولىّ والصبىّ ونحوهما نعم الرهن المعار الخصم فيه المعير لا الراهن المستعير (فإن لم يخاصم لم يخاصم المرتهن فى الأصح) وإن تعلق حقه بما فى الذمة لأنه غير مالك ، وله إذا خاصم المالك حضور خصومته لتعلق حقه بالبدل . والثانى يخاصم لتعلق حقه بما فى الذمة ، ويجرى الخلاف فيما لو غصب المرهون ، ومحل الخلاف إذا تمكن المالك من المخاصمة . أما لو باع المالك العين المرهونة فللمرتهن المخاصمة جزما كما أفتى به البلقينى وهو ظاهر ، ويلحق بذلك ما لو أتلفه الراهن فيطالب المرتهن لئلا يفوت حقه من التوثق ، ووجه عدم تمكن الراهن من المخاصمة فيما لو باعه أنه يدعى حقا لغيره وهو المرتهن فلم يقبل منه على أن بيعه يكذب دعواه . نعم لو غاب المرتهن وقد غصب الرهن جاز للقاضى نصب من يدعى على الغاصب لأن له إيجار مال الغائب لئلا تضيع المنافع ، ولأنا نعلم أن العاقل يرضى بحفظ ماله ، قاله بعضهم بحثا . وما ذكره الماوردى أن محل ما ذكر فى الجناية إذا نقصت القيمة بها ولم يزد الأرش ، فلو لم تنقص بها كأن قطع ذكره وأنثياه أو نقصت بها وكان الأرش زائدا على ما نقص منها فإن المالك بالأرش كله فى الأولى ، وبالزائد على ما ذكر فى الثانية ممنوع لتعلق حق المرتهن بذلك فهو كما لو زاد سعر المرهون بعد رهنه ، ولهذا قال البلقينى : لم أر من ذكره غيره وما أظن أنه يوافق عليه ، وتشبيهه فى الأولى بنماء الرهن مردود فإن النماء لم يتناوله عقد الرهن بخلاف أبعاض العبد . وقال فى أثناء كلامه : إن المرتهن إنما يتعلق حقه بما يضمن فى الغصب وهو ممنوع فلا تلازم بين البابين ، وقال ثالثا : إن مثل ذلك لا يضمن فى الغصب وهو ممنوع ، فجميع ذلك مضمون فى الغصب إلا ما سقط بآفة

قبضه (قوله ليشمل الولى) يتأمل شموله لما ذكر بعد تقييده الراهن بالمالك فلعل المراد أنه يشمله بقطع النظر عما قيد به أو من جهة أن نحو المالك فى معناه (قوله ونحوهما) أى الوكيل (قوله نعم الرهن الخ) لا حاجة إليه بعد قوله أولا المالك ، فإن هذا مستفاد منه بالمفهوم ، فإن مفهوم قوله المالك أن الراهن لو لم يكن مالكا لم يخاصم وإنما يخاصم المالك لكنه صرح به للإيضاح ، اللهم إلا أن يقال الاستدراك بالنظر لقوله وإنما عبر بالراهن (قوله فإن لم يخاصم) أى الراهن (قوله العين المرهونة) أى من غير إذن المرتهن (قوله من التوثق) يلحق به أيضا ما لو كان المتلف غير الراهن وخاصمه المرتهن لحق التوثق بالبدل فلا يمتنع كما نقله شيخنا الزيادى عن والد الشارح (قوله أنه) أى الراهن (قوله لو غاب المرتهن) أى فى المسئلتين وهما ما لو باع المالك العين الخ وما لو أتلفه الراهن (قوله لأن له) أى القاضى (قوله قاله بعضهم) قد يتوقف فيه بأن المرتهن إذا حضر ليس له المخاصمة ، والذى ينصبه القاضى إنما هو نائب عن المرتهن فكما يمتنع على المرتهن المخاصمة فكذا نائبه . نعم البحث ظاهر إن غاب الراهن ، وكذا لو باعه الراهن وغاب المرتهن ، وهذا بناء على أن الاستدراك على قول المصنف والخصم فى البدل الخ . أما لو جعل استدراكا على ما لو باعه الراهن أو أتلفه كان ظاهرا لكن يبعده قوله وقد غصب الرهن ، وعبارة حج نعم لو غاب الراهن وهى ظاهرة (قوله أن محل ما ذكر فى الجناية) أى من أن بدل المرهون رهن بتمامه (قوله لم ينقص بها) أى الجناية (قوله زائدا على ما نقص منها) أى كما لو قطعت يده فنقصت قيمته الربع مع كون الأرش نصف القيمة

(قوله نعم لو غاب المرتهن الخ) استدراك على قول المصنف والخصم فى البدل الراهن (قوله وما ذكره الماوردى أن محل ما ذكر) يعنى فى كون البدل الرهن رهنا ، فمحل إيراد هذا إلى بقية السوادة فى شرح قول المصنف ولو أتلف المرهون وقبض بدله صار رهنا وإيراده هنا فى غير محله (قوله فلا تلازم بين البابين) أى على تسليم أن حكمهما مختلف وأن حكم

سماوية ولانقص انتهى . فالراجح خلاف ما قاله الماوردى وإن قال الزركشى إنه ظاهر (فلو) جنى رقيق على الرقيق المرهون و (وجب قصاص اقتصّ الراهن) منه أو عفى مجانا (وفات الرهن) لفوات محله من غير بدل هذا إن كانت الجناية فى النفس ، فإن كانت فى طرف أو نحوه فالرهن باق بحاله ، ولو أعرض الراهن عن القصاص والعفو بأن سكت عنهما لم يجبر على أحدهما (فإن وجب المال بعفوه) عن القصاص عليه (أو بجناية خطأ) أو شبه عمد أو عمد يوجب مالا لانتفاء المكافأة مثلا صار المال مرهونا وإن لم يقبض كما مر و (لم يصح عفوه) أى الراهن عنه لتعلق حق المرتهن به (ولا) يصح (إبراء المرتهن الجانى) لأنه غير مالك ولايسقط بإبرائه حقه من الوثيقة إلا إن أسقطه منها (ولايسرى الرهن إلى زيادته) أى المرهون (المنفصلة كثمر وولد) ولبن وصوف ومهر وكسب لأن الرهن لايزيل الملك فلم يسر إليها كالإجارة ، وقد يعبر عن المنفصلة بالعينية والمتصلة بالوصفية ، بخلاف المتصلة كسمن وكبر شجرة لعدم تمييزها فتتبع الأصل ، وقد أفتى بعض أهل اليمن فيما لو رهنه بيضة فتفرخت بأنه لايزول الرهن على المشهور أخذا من مسئلة التفليس ، ولا يبعد إجراء وجه فيه فيها ، ورجحه طائفة من الأصحاب . وأفتى الناشرى فيمن رهن بذرا وأقبضه ثم استأذن الراهن المرتهن فى التلاؤم به فأذن له المرتهن ببقاء الرهن حتى يبقى الزرع وما تولد منه مرهونا أخذا من الفلس فى البذر (فلو رهن حاملا وحل الأجل وهى حامل بيعت) كذلك لأنا إن قلنا إن الحمل يعلم وهو الأصح فكأنه رهنهما معا وإلا فقد رهنها والحمل محض صفة ، وكما تباع حاملا فى الدين تباع كذلك لنحو جناية كما شمل ذلك عبارة المحرر (وإن ولدته بيع معها فى الأظهر) بناء على أن الحمل يعلم فهو رهن ، والثانى لايباع معها بناء على مقابله فهو كالحادث بعد العقد (وإن كانت حاملا عند البيع دون الرهن فالولد ليس برهن فى الأظهر) بناء على كونه يعلم والثانى نعم بناء على مقابله فيتبع كالصفة ، وما اقتضاه كلامه من أن مقابل الأظهر أن الولد يكون مرهونا غير مراد ، إذ هو مفرّع على أن الحمل لايعلم فكيف

فإنه يزيد على مانقص منها (قوله فالراجح الخ) أى فيكون بدل الجناية مرهونا وإن زاد على قيمة المرهون (قوله أوعفى مجانا) أى جازله كل منهما أخذا من قوله بعد فإن وجب المال بعفوه عن الخ (قوله لانتفاء المكافأة مثلا) أى أو عدم انضباط الجناية كالجائفة وكسر العظام (قوله إلا إن أسقطه منها) أى من الوثيقة (قوله وصوف) قضية ماذكره من جعل الصوف ، من الزيادة أن محل عدم تعدى الرهن إذا حدث بعد العقد وأنه إذا كان مقصودا عند العقد تعدى الرهن له كأصله ، وهو مخالف لما تقدم فى قوله بعد قول المصنف ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون ، وكذا ماكان منها ظاهرا عند العقد الخ ، لكن فى سم على حج مانصه : وفيما كان ظاهرا منها حال العقد خلاف فنى التتمة مرهون وفى الشامل وتعليقه القاضى أبى الطيب لا وهو الأوجه كالصوف بظهر الغنم كما مر ، وصاحب التتمة مشى على طريقة فى الصوف من أنه يدخل فى رهن الغنم اهـ (قوله وقد يعبر) هو مجرد فائدة (قوله بأنه لايزول) هو المعتمد (قوله إجراء وجه فيه) أى التفليس ، والمراد أنه قيل فى التفليس إن الفرخ لايتعلق به الحجر فلا يبعد إجراؤه هنا (قوله ثم استأذن الراهن) قضيته أنه لو لم يستأذنه لايكون الحكم كذلك والظاهر خلافه ولعل التقييد به لأنه صورة الواقعة التى وقع الإفتاء فيها ، وقد يقال إن نذره إتلاف له فيضمن بدله بكونه رهنا (قوله فى التلاؤم به) أى النفع به (قوله فأذن له المرتهن) أى فنذره بعد الإذن (قوله حتى) تعليلية (قوله مرهونا) فيباع ويوفى منه الدين وإن زادت قيمة الزرع على قيمة الحب (قوله عند البيع) أى عند إرادة البيع فلا يقال

الغصب عدم الضمان وإلا فسيأتى أن ماذكره فى الغصب ممنوع (قوله انتهى) أى كلام البلقينى (قوله غير مراد الخ)

يرهن ، وإنما المراد أنه يباع معها كالسمن ، وعلى الأولى يتعذر بيعها قبل وضعها إن تعلق به حق ثالث بوصية أو حجر فلس أو موت أو تعلق الدين برقبة أمه دونه بأن لم يتعلق بذمة مالكها كالجانية والمعارة للرهن أو نحوها ، كما زاده ابن المقرى تبعا للأسنوى أخذا من قول الروضة وتوزيع الثمن ، وقولها لأن الحمل لاتعرف قيمته . ووجه مامر أن استثناء الحمل متعذر وتوزيع الثمن على الأم والحمل كذلك لما قدمناه . أما إذا لم يتعلق به أو بها شيء من ذلك فإن الراهن يلزم بالبيع أو بتوفية الدين ، فإن امتنع من الوفاء من جهة أخرى أجبره الحاكم على بيعها إن لم يكن له مال سواها ، ثم إن تساوى الثمن والدين فذاك ، وإن فضل من الثمن شيء أخذه المالك وإن نقص طولب بالباقى . نعم لو سأل الراهن فى بيعها وتسليم جميع الثمن للمرتهن جاز بيعها كما نص عليه فى الأم ، ولو رهن نخلة ثم أطلعت استثنى طلعها عند بيعها ولا يمتنع بيعها مطلقا بخلاف الحامل .

فصل فى جناية المرهون

(إذا جنى المرهون) على أجنبى جناية تتعلق برقبته (قدم المجنى عليه) على المرتهن لأن حقه متعين فى الرقبة

كيف يتعذر بيعها مع ما اقتضته عبارته من أن الفرض أنه باعها ، ولو اختلف الرهن والمرتهن فى الحمل وعدمه فينبغى تصديق الراهن لأن الأصل عدم الحمل عند الرهن فيكون زيادة منفصلة (قوله أو بها شيء من ذلك) أى المذكور فى قوله إن تعلق به حق ثالث الخ (قوله يلزم بالبيع) أى لها حاملا ويوفى الدين من ثمنها (قوله نعم لو سأل الراهن) من المرتهن أوالقاضى وهذا الاستدراك ظاهر لو قلنا إنه لايجبر على البيع إذا لم يتعلق بها حق ثالث . أما إذا قلنا بإجباره على البيع أو توفية الثمن من غيرها وأنه إذا امتنع من ذلك باعها القاضى حيث لامال له سواها لم يظهر لهذا الاستدراك فائدة على كلام الشارح وإنما يظهر له فائدة على كلام ابن حجر (قوله ثم أطلعت) أى بعد الرهن ولو قبل القبض (قوله استثنى) أى جاز للراهن أن يستثنى إن لم يتعلق بها حق ثالث وإلا وجب الاستثناء (قوله مطلقا) أى استثنى أولا .

(فصل) فى جناية المرهون

(قوله فى جناية المرهون) أى وما يتبع ذلك مما ينفك به الرهن وتلف المرهون (قوله إذا جنى المرهون) أى كلا أو بعضا كما لو كان المرهون نصفه فقط ، ولا يقال إذا كان غير المرهون يفى بأرش الجناية لم يتعلق حق المجنى عليه به لأنا إنما قدمنا المجنى عليه لئلا يضيع حقه ، وهو هنا آمن من ذلك (قوله على أجنبى) أى غير السيد وعبده المرهون أخذا مما يأتى فى قوله وإن جنى على سيده الخ (قوله تتعلق برقبته) أى توجب مالا يتعلق برقبته على مايأتى

لك أن تقول لا مانع من كونه مرهونا تبعا كما مر فى الزيادة المتصلة ، وعدم العلم إنما يضر فى المرهون استقلالا كيف وتسميته مرهونا مصرح به فى كلامهم ، وعبارة الأذرعى والثانى أن الوالد رهن بناء على أنه يعلم انتهت على أن ماذكره هنا ينافيه قوله قبل والثانى نعم (قوله نعم لو سأل الراهن الخ) هذا ذكره الشهاب حج استدراكا على ماقرره من منع بيعها مطلقا ، وأما ماصنعه الشارح مع أنه قدم أن محل منع جواز بيعها إذا تعلق بالحمل حق ثالث فليس بصحيح لما هومعلوم من أن سؤال الراهن حينئذ لايفيد شيئا . وكيف يفيد سؤاله تسليم جميع الثمن للمرتهن مع تعلق حق الثالث بالحمل فتدبر .

(فصل) فى جناية المرهون

بدليل أنه لو مات سقط حقه . وأما حق المرتهن فمتعلق بذمة الراهن وبالرقبة ، ولأن حق المجنى عليه مقدم على حق المالك فأولى أن يتقدم على حق المتوثق . وقضية التوجيه الأول أنه لو لم يسقط حق المجنى عليه بالموت كما لو كان العبد مغصوبا أو مستعارا أو مبيعا ببيع فاسد أن لا يقدم ، لأنه لو قدم حق المرتهن لم يسقط حق المجنى عليه ، فإن له مطالبة الغاصب أو المستعير أو المشترى ، ويرد بأن المعول عليه تقديمه فى هذه الصورة أيضا ، وتؤخذ القيمة وتكون رهنا مكانه ، ولو أمره بالجناية سيده وهو مميز لم يؤثر إذنه إلا فى الإثم أو غير مميز أو أعجمى يرى وجوب طاعة آمره ، فالجانى هو السيد ولا يتعلق برقبة العبد قصاص ولا مال ، ولا يقبل قول السيد أنا أمرته بالجناية فى حق المجنى عليه لأنه يتضمن قطع حقه عن الرقبة ، بل يباع العبد فيها وعلى سيده قيمته لتكون رهنا مكانه لإقراره بأمره بالجناية ، وأمر غير السيد العبد بالجناية كالسيد فيما ذكر كما ذكروه فى الجنايات وصرح به الماوردى هنا (فإن اقتص) منه المستحق فى النفس أو غيرها بأن أوجبت الجناية قصاصا (أو بيع) المرهون كله أو بعضه (له) أى لحق المجنى عليه بأن أوجبت الجناية مالا أو عفى عن مال (بطل الرهن) فيما اقتص أو بيع لفوات محله فلو عاد المبيع إلى ملك الراهن

وإلا فالتى توجب القصاص لا تبطل الرهن بمجردها كذا ظهر . ويجاب عنه بأن المصنف لم يقل بطل الرهن وإنما قال قوّم المجنى وهو شامل للقصاص والمال على مافصله بعد (قوله بدليل أنه) أى المرهون (قوله حقه) أى المجنى عليه (قوله المتوثق) أى المرتهن (قوله وقضية التوجيه الأول) هو قوله سقط حقه (قوله العبد) أى المرهون وقوله أن لا يقدم أى المجنى عليه (قوله كما لو كان العبد مغصوبا) أى سواء تقدم الغصب على الرهن بأن رهنه لمن يقدر على انتزاعه وقبضه بنفسه أو نائبه من الغاصب ثم استولى عليه الغاصب بعد أو تأخر الغصب عن الرهن (قوله ويرد بأن المعوّل الخ) التعويل على ماذكر لا يصلح ردا على المعترض ، بل إنما يتم الرد عليه لو منع أن مقتضى التعليل ماذكر فالأولى أن يقال : هو وإن كان قضيته ذلك لكن الحكم إذا كان معللا بعلتين يبقى ما بقيت إحداهما (قوله فى هذه الصورة) هى قوله كما لو كان العبد الخ(قوله وتؤخذ القيمة) متعلق بقوله فإن له مطالبة الغاصب الخ (قوله إلا فى الإثم) فيحرم عليه ذلك ويكون الحال كما لو جنى بلا إذن من سيده فيتعلق به القصاص أو المال (قوله أو غير مميز أو أعجمى يرى وجوب طاعة آمره) أى فلو اختلف المرتهن والسيد بأن أنكر السيد الأمر أو اعترف به وأنكر كون المأمور غير مميز أو كونه يعتقد وجوب الطاعة ولا بينة وأمكن ذلك ، إما لطول المدة بين الجناية والمنازعة بحيث يمكن حصول التمييز أو زوال العجمة أو حالة تشعر بما ادعاه السيد صدق السيد لأن الأصل تعلق جناية العبد برقبته ولم يوجد مسقط (قوله ولا يقبل قول السيد) أى أو الأجنبى أخذا من قوله الآتى وأمر غير السيد الخ(قوله أنا أمرته) أى غير المميز (قوله فى حق المجنى) متعلق بيقبل (قوله لأنه) أى قبول قول السيد (قوله حقه) أى المجنى عليه (قوله بل يباع العبد) أى ويكون ثمنه للمجنى عليه ، وعليه فلو لم يف ثمنه بأرش الجناية فينبغى مطالبة السيد ببقية الأرش مؤاخذة له بإقراره (قوله فإن اقتص منه المستحق) بنفسه أو بنائبه (قوله فيما اقتص) أى فإن كانت الجناية بالقتل أو بيع كله لإستغراق الإرث الرقبة بطل الرهن أو كانت بغيره كقطع الطرف أو زادت قيمة الجانى على الأرش بطل التوثق فيما فات وبقى فى غيره (قوله فلو عاد المبيع إلى ملك الراهن) أى عاد بعد البيع فى الجناية بسبب آخر غير مايتعلق بعقد البيع الحاصل فيما بيع له كأن عاد له بشراء أو إرث أو وصية أو غيرها فإن عاد له بفسخ أو رد بعيب أو إقالة

(قوله فيما اقتص أو بيع) أى مالم تجب قيمته لكونه تحت يد نحو غاصب لأنها رهن بدله كما صرح به هنا

لم يكن رهنا ، وعلم من اقتصاره على القصاص والبيع أنه ولو سقط حق المجنى عليه بعفو أو فداء لم يبطل (وإن جنى) المرهون (على سيده فاقتص بطل) الرهن فى المقتص نفسا كان أو طرفا كما فى المحرر واقتص بضم تائه بأن اقتص سيده فى نحو القطع أو وارثه فى القتل فضمها المفيد لذلك كما فعله الشارح أولى من فتحها الموهم لتعين الأول فزعم تعين الفتح وهم وعود الضمير للمستحق يلزمه حذف الفاعل من غير قرينة وإن عفى على مال لم يثبت على الصحيح إذ السيد لايثبت له على عبده مال ابتداء (فيبقى رهنا) كما كان . والثانى يثبت المال ويتوصل به إلى فك الرهن . ومحل الخلاف فى غير أمة استولدها سيدها المعسر . أما هى فلا ينفذ إيلادها فى حق المرتهن ولا تباع على السيد فى الجناية جزما لأن المستولدة لو جنت على أجنبى لاتباع بل يفديها سيدها فتكون جنايتها على سيدها فى الرهن كالعدم ، وعفى بضم أوله كما ضبطه المصنف بخطه ليشمل عفو السيد والوارث وخرج بابتداء مالو جنى غير عمد على طرف مورثه أو مكاتبه ثم انتقل المال للسيد بموت أو عجز فإنه يثبت له عليه فيبيعه فيه ولا يسقط إذ يحتمل فى الدوام مالا يحتمل فى الابتداء (وإن قتل) المرهون (مرهونا لسيده عند) مرتهن (آخر فاقتص) السيد منه (بطل الرهنان) لفوات محلهما وإن عفى على غير مال صح كما مر (وإن) عفى على مال أو (وجب مال) بجناية خطأ أو نحوه (تعلق به) أى المال (حق مرتهن القتيل) والمال متعلق برقبة القاتل (فيباع) حيث لم تزد قيمته على الواجب بالقتل (وثمنه) إن لم يزد على الواجب (رهن) وإلا فقدر الواجب رهن لا أنه يصير رهنا

تبين بقاء حق المجنى قياسا على ما يأتى فيما لو عوض المدين الدائن عينا ثم تقايلا فيها فإنه يتبين بقاء الدين وإن كانت الإقالة فسخا وهو إنما يرفع العقد من حينه لا من أصله (قوله لم يكن رهنا) أى فالزائد العائد هنا كالذى لم يعد ، وهذا بخلاف مامر فيما لو بيعت المستولدة لإعسار السيد وقت الإحبال ثم عادت لملكه فإنه يحكم بالاستيلاد من وقت العود ، ولعل الفرق بينهما أن المستولدة قام بها ماهو سبب للحرية وهو الإيلاد المانع من صحة بيعها ، فلما عادت إلى سيدها زالت الضرورة فعمل بمقتضى السبب ، بخلاف العبد الجانى فإنه لم يقم به مايوجب تلفه وإنما قام به مايوجب تقدم المجنى عليه بحقه وقد عمل بمقتضاه فاستصحب (قوله لم يبطل) أى الرهن (قوله حذف الفاعل) قد يجاب بأن هذا ليس من الحذف فى شىء بل الفاعل مستتر يعود على المستحق المعلوم من السياق وذلك نحو قوله تعالى - حتى توارت بالحجاب - ثم رأيت حج أجاب بمثل ذلك ، وقوله فضمها المفيد لذلك كما فعله الشارح أولى ظاهر فى أنه إنما يمنع تعين الفتح لا صحته (قوله فى غير أمة) أى مرهونة (قوله استولدها) أى بعد الرهن كما هو ظاهر (قوله فى حق) أى لحق (قوله فى الجناية) أى على السيد (قوله كالعدم) أى فتكون رهنا قطعا (قوله مالو جنى) أى العبد (قوله على طرف مورثه) أى مورث السيد (قوله فإنه يثبت له) أى السيد عليه أى العبد (قوله فيبيعه فيه) وتظهر فائدة ذلك فيما لو كان على المورث أو المكاتب ديون تتعلق بالتركة أو بما فى يد المكاتب يقدم لتعلقه بالرقبة وتعلق الديون بالذمة ، وأولى منه ماصور به سم على منهج من أنه لو كان مرهونا قدم حق السيد وبطل الرهن ، وعبارته : والجناية على عبد من يرثه السيد إذا مات المورث كالجناية على من يرثه السيد اهـ . وحينئذ فيفوت الرهن كما يؤخذ من تعليل الشارح فتأمل (قوله على غير مال) أى مجانا (قوله وإلا) أى بأن زاد الثمن بأن بيع كله لعدم تيسر بيع البعض (قوله فقدر الواجب) أى من الثمن (قوله لا أنه) أى العبد

الشهاب حج (قوله وعود الضمير للمستحق يلزمه حذف الفاعل من غير قرينة) هذا يلزم الشارح فيما قدمه فى شرح قول المصنف فإن اقتص (قوله مالو جنى غير عمد) أى أو عمد أو عفى على مال كما صرح به الشهاب حج

(وقيل يصير) نفسه (رهنا) ولا يباع إذ لافائدة فى البيع حيث كان الواجب أكثر من قيمته أو مثلها ورد بأن حق المرتهن فى ماليته لا فى عينه ولأنه قد يرغب فيه بزيادة فيتوثق مرتهن القاتل بها فإن كان الواجب أقل من قيمته بيع منه بقدر الواجب على الأول ويبقى الباقى رهنا ، فإن تعذر بيع بعضه أو نقص به بيع الجميع وصار الزائد رهنا عند مرتهن القاتل ، وعلى الثانى ينقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل ، ومحل الخلاف عند طلب الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع ، ومن المجاب فيه الوجهان ، أما لو طلب الراهن البيع ومرتهن القتيل النقل فالمجاب الراهن إذ لاحق للمرتهن فى عينه ، ولو أنفق الراهن والمرتهنان على أحد الطرفين كان هو المسلوك جزما أو الراهن ومرتهن القتيل على نقل القاتل أو بعضه إلى المرتهن ليكون رهنا فليس لمرتهن القاتل المنازعة وطلب البيع لانتفاء الفائدة . قال الرافعى : ومقتضى التعليل بتوقع راغب أن له ذلك ، ويجاب بأن سبب عدم النظر لذلك التوقع أنه لم يثبت له حق بفرض عدم الزيادة حتى يراعى إذ الأصل عدم ذلك ، بخلاف مرتهن القتيل فيما مر ، ويؤيده ما يأتى فيما لو طلب الوارث أخذ التركة بالقيمة والغريم بيعها رجاء الزيادة (فإن كانا) أى القاتل والمقتول (مرهونين عند شخص) أو أكثر (بدين واحد نقصت) بفتح النون والصاد المهملة (الوثيقة) كما لو مات أحدها (أو بدينين) عند شخص وتعلق برقبة القاتل المال (وفى نقل الوثيقة) به إلى دين القتيل (غرض) أى فائدة للمرتهن (نقلت) وإلا فلا فلو كان أحد الدينين حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما أطول أجلا من الآخر فللمرتهن التوثق بثمن القاتل لدين القتيل ، فإن كان حالا فالفائدة استيفاؤه من ثمن القاتل فى الحال أو مؤجلا فقد توثق ويطالب بالحال ، وإن اتفق الدينان قدرا وحلولا وتأجيلا وقيمة القتيل أكثر من قيمة القاتل أو

(قوله ولأنه) الأنسب وبأنه (قوله بزيادة) على قيمته (قوله ومن المجاب) المجاب على هذا مرتهن القتيل لأنه الذى يفيده قوله فيباع (قوله فيه الوجهان) أى المذكوران فى قوله فيباع وثمنه رهن وقيل يصير رهنا (قوله كان هو المسلوك) أى المتفق عليه (قوله لانتفاء الفائدة) أى لأنه إن كانت قيمة القاتل لاتزيد على قيمة القتيل بيع كله وإن كانت دونها بيع بعضه وبقى الزائد رهنا (قوله إذ الأصل عدم ذلك) أى الزيادة وقوله ويؤيده أى الجواب (قوله فيما لو طلب الوارث) أى فإنه المجاب دون الغريم (قوله وحلولا وتأجيلا) أى والصورة أنهما غير شخص (قوله وقيمة القتيل أكثر) قال الشيخ عميرة : بقى ما لو اتفقا حلولا وتأجيلا واختلفا قدرا فإن كان القتيل بالكثير قد رهن نقل سواء كانت قيمته مثل قيمة القاتل أو فوقها أو دونها لكنه فيما دونها لا ينقل فيما زاد على القتيل ، وإن كان مرهونا بالقليل وقيمته مثل قيمة القاتل أو فوقها فلا نقل ، فإن كانت قيمة القاتل أكثر قال فى شرح الإرشاد : بيع منه بقدر قيمة القتيل ليصير رهنا مكان القتيل ويستمر الباقى بدين القاتل . قال : وبه يظهر أن قول الروضة إذا كانت قيمة القتيل أقل وهو مرهون بأقل الدينين لا ينقل إذ لا فائدة فيه متعقب اهـ . أقول : وهذه المسائل التى قيل فيها بعدم النقل لو فرض فيها أن قيمة القاتل تزيد على الدين المرهون عليه بأضعاف فقضية إطلاقهم الإعراض عن ذلك وعدم اعتباره قرضا مجوزا لنقل الزائد على مقدار الدين فما وجه ذلك ، وينبغى أن يحمل كلامهم على ما إذا كانت القيمة لا تزيد

(قوله وقيل يصير رهنا) أى مع التزام أن حق المرتهن متعلق بماليته بدليل الرد الآتى وإلا يلزم أن يكون مصادرة فليراجع (قوله إذ لافائدة فى البيع حيث كان الواجب أكثر من قيمته أو مثلها) أى فمحل الوجهين إذا كان الواجب أكثر من قيمته أو مثلها وهو مانقله الأذرعى عن جمع فليراجع (قوله فالمجاب الراهن) أى جزما

مساوية لها لم تنقل الوثيقة لعدم الفائدة ، وإن كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القتيل . قال السبكى : الذى فهمته من كلامهم أن معنى النقل إنشاء نقل بتراضيهما ، وليس هذا من نقل الوثيقة المختلف فيه لأن ذاك معناه بقاء العقد وتبدل العين حتى لو أريد فسخ الأول وجعل الثانى هو الرهن جاز ، وهذا الذى هنا مثله لأن المقصود فات رهن القتيل ، وحيث قيل بالنقل للقاتل أو بعضه فالمراد أنه يباع ويجعل ثمنه رهنا مكان القتيل لا رقبته لما مر ، فلو قال الراهن : نقلت حقك إلى عين أخرى ورضى بها المرتهن لم ينتقل بلا فسخ وعقد جديد ولو اختلف جنس الدينين بأن كان أحدهما دنانير والآخر دراهم واستويا فى المالية بحيث لو قوم أحدهما بالآخر لم يزد ولم ينقص لم يؤثر وإن وقع فى الوسيط خلافه فقد قالا إنه مخالف لنص الشافعى وسائر الأصحاب ، ولا أثر لاختلافهما فى الاستقرار وضده ككون أحدهما عوض مبيع لم يقبض أو صداقا قبل الدخول والآخر بخلافه ، ولو كان بأحدهما ضامن فطلب المرتهن نقل الوثيقة من الدين الذى بالضامن إلى الآخر حتى يحصل التوثق فيهما أجيب لأنه غرض ظاهر ، وهو مقتضى كلام المصنف ومقتضاه أيضا أنه لو قال المرتهن بيعوه وضعوا ثمنه مكانه فإنى لا آمن جنايته مرة أخرى فتؤخذ رقبته فيها ويبطل الرهن أنه يجاب لأنه غرض . والأوجه المنع كما استظهره الزركشى كسائر مايتوقع من المفسدات ، وقد نقل عن أبى خلف الطبرى ماحاصله أنه المذهب ، ولو اقتص السيد من القاتل فاتت الوثيقة (ولو تلف المرهون بآفة) سماوية أو بفعل من لايضمن كحربى (بطل) الرهن لفواته بلا بدل ومحله أخذا من التعليل إذا لم يكن مغصوبا ، وإلا فهو مضمون على غاصبه بالقيمة فتؤخذ منه وتجعل رهنا ، ومر أن عود الخمر خلا بعد أن كان عصيرا يعود به الرهن وأنه لو أذن له فى ضرب المرهون فضربه وتلف منه

على الدين كما هو الغالب (قوله بتراضيهما) أى بلفظ يدل عليه نحو قول الراهن نقلت الوثيقة من دين كذا إلى دين كذا وقول المرتهن قبلت (قوله المختلف فيه) أى بل هو نقل آخر متفق عليه (قوله مثله) أى مثل مالو فسخ الأول وجعل الثانى هو الرهن (قوله ويجعل ثمنه) أى بإنشاء عقد قاله شيخنا الزيادى (قوله لما مر) أى من أن حق المرتهن فى ماليته لا فى عينه (قوله لم يؤثر) أى فى جواز النقل فلا ينقل من أحدهما إلى الاخر لاتحاد القيمة ، وبذلك صرح حج حيث قال : أو جنسا واختلف قيمة أيضا فكاختلاف القدر وإلا فلا غرض (قوله إنه) أى ماوقع فى الوسيط (قوله لاختلافهما) أى الدينين (قوله حتى يحصل التوثق فيهما) أى الدينين وذلك كما لو كان القاتل مرهونا بدين قرض وبه ضامن والقتيل مرهون بثمن مبيع لاضامن به ، فإذا نقل القاتل إلى كونه رهنا بثمن المبيع فقد توثق صاحب الدين على دين القرض بالضامن وقد توثق على ثمن المبيع بالمرهون الذى نقل إليه فقد توثق بالضامن والرهن بدين القرض وثمن المبيع (قوله وهو مقتضى كلام المصنف) حيث قال وفى نقل الوثيقة غرض (قوله أنه المذهب) أى عدم إجابته (قوله ولو اقتص) محترز قوله وتعلق برقبته مال وكان الأظهر أن يقول أما إن تعلق برقبته قصاص واقتص السيد من القاتل فاتت الخ (قوله إذا لم يكن مغصوبا) أى مضمونا بغير الغصب ككونه مستعارا أو مقبوضا بشراء فاسد كما تقدم (قوله يعود به الرهن) أى حكم الرهن (قوله وتلف منه) أى من

(قوله قال السبكى الذى فهمته من كلامهم الخ) هو ضعيف . والراجح أنه لايحتاج إلى إنشاء عقد كما جزم به الزيادى وقول السبكى جاز : أى بلا خلاف . وقوله وهذا الذى هنا مثله : أى مثل الذى لاخلاف فيه المعبر عنه بقوله حتى لو أريد الخ (قوله فالمراد أنه يباع ويجعل ثمنه رهنا) أى يصير ثمنه رهنا من غير جعل

انفسخ الرهن (وينفك) الرهن (بفسخ المرتهن) ولو بدون الراهن لأن الحق له وهو جائز من جهته . نعم التركة إذا قلنا إنها مرهونة بالدين وهو الأصح فأراد صاحب الدين الفسخ لم يكن له ذلك لأن الرهن لمصلحة الميت والفك يفوتها وخرج بالمرتهن الراهن فلا ينفك بفسخه للزومه من جهته ، ولو فك المرتهن فى بعض المرهون انفك وصار الباقى رهنا بجميع الدين ، ومثله مالو تلف بعض المرهون انفك فيما تلف ذكره البلقينى (وبالبراءة من) جميع (الدين) بأداء أو إبراء أو حوالة به أو عليه أو غيرها ، ولو اعتاض عن الدين عينا انفك الرهن ، فلو تلفت أو تقايلا فى المعاوضة قبل قبضها عاد المرهون رهنا (فإن بقى شىء منه) أى من الدين وإن قل (لم ينفك شىء من الرهن) إجماعا كحق حبس المبيع وعتق المكاتب ولأنه وثيقة لجميع أجزاء الدين ، فلو شرط كلما قضى من الحق شىء انفك من الرهن بقدره فسد الرهن لاشتراط ماينافيه كما قاله الماوردى (ولو رهن نصف عبد بدين ونصفه بآخر) فى صفقة أخرى (فبرئ من أحدهما انفك قسطه) لتعدد الصفقة بتعدد العقد ، وإذا كانت البراءة بأداء أو إبراء اشترط أن يقصد ذلك عن النصف المذكور ، فإن قصد الشيوع فلا وإن أطلقه فله صرفه إلى ماشاء (ولو رهناه) بدين (فبرئ أحدهما) مما عليه (انفك نصيبه) لتعدد الصفقة بتعدد العاقد وإن اتحد وكيلهما لأن المدار على اتحاد الدين وعدمه كما قاله الإمام ، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه تعدد الدين ، بخلاف البيع فإن العبرة فيه بتعدد الوكيل واتحاده إذ هو عقد ضمان فنظر فيه لمن باشره بخلاف الرهن ولو رهنه عند اثنين فبرئ من دين أحدهما انفك قسطه لتعدد مستحق الدين لايقال ما أخذه أحدهما من الدين لايختص به بل هو مشترك بينهما فكيف تنفك حصته من الرهن بأخذه . لأنا نقول صورة المسئلة فيما إذا اقتص القابض بما أخذه

أجله (قوله انفسخ الرهن) أى بخلاف مالو أذن له فى تأديبه فإنه لاينفسخ لما مر من أنه يضمن بدله فيكون رهنا مكانه (قوله ولو بدون) أى ولو بدون فسخ الراهن (قوله نعم التركة) هذا استدراك على مطلق الرهن لكن الكلام هنا ليس فيه بل فى الرهن الجعلى (قوله فى بعض المرهون) أى فك الرهن فى بعض الخ (قوله انفك) أى البعض (قوله من جميع الدين) أى فلو اختلف العاقدان بعد فسخ الرهن أو قبله وطلب الراهن بيع المرهون صدق المرتهن فيما بيده ، وعليه فلو قال الراهن رهنتك سوارين وأقبضتك إياهما فقال المرتهن بل واحدا ، أو قال الراهن رهنتك ذهبا فقال بل فضة صدق المرتهن فى نفى دعوى الراهن لأن العين فى يده والأصل عدم مايدعيه الراهن ، وتبقى العين فى الثانية فى يد المرتهن لأنه أقر بشىء لمن ينكره (قوله أو غيرها) كجعل الدائن ماله من الدين على المرأة صداقا لها أو جعل المرأة مثلا مالها من الدين على الزوج صداقا عوض خلع (قوله قبل قبضها) ظاهره رجوعه لكل من التلف والتقايل ، والظاهر أنه ليس بقيد بالنسبة للتقايل لأن التقايل فسخ ، ولا فرق فيه بين كونه قبل القبض أو بعده فى تبين بقاء الدين ، وعبارة حج : فلو تعوض عينا فتقايلا أو تلفت قبل القبض اهـ . وهى ظاهرة فى رجوع القيد لمسئلة التلف خاصة (قوله فى صفقة) ومن التعدد مالو قال رهنت نصفه بدين كذا ونصفه بدين كذا فقال المرتهن قبلت فلا يشترط إفراد كل من النصفين بعقد لأن تفصيل المرهون به يعدد الصفقة كتفصيل الثمن وإن أوهم قوله فى صفقة خلافه (قوله فله) أى بعد الدفع (قوله وإن اتحد) غاية (قوله إذا اختص القابض)

(قوله قبل قبضها) قيد فى مسئلة التلف خاصة كما هو واضح ، ويرشد إليه صنيع الشهاب حج ، فكان الأولى بالشارح أن يذكره عقبها (قوله عاد المرهون رهنا) انظر لو تصرف الراهن قبل عوده رهنا ما حكمه ؟ (قوله لأنا نقول صورة المسئلة فيما إذا اقتص القابض) أى بأن لم تتحد جهة دينيهما . وأجيب أيضا بما إذا كانت البراءة بالإبراء لا بالأخذ

بخلاف الإرث ودين الكتابة كما سيأتى فى كتاب الشركة ولو رهن عبدا استعاره من اثنين ليرهنه ثم أدى نصف الدين وقصد فكاك نصف العبد أو أطلق ثم جعله عنه، انفك نصيبه نظرا إلى تعدد المالك، بخلاف ما إذا قصد الشيوع أو أطلق ثم جعله عنهما أو لم يعرف حاله، ولو مات الراهن قبل أن يصرفه فى هذه الصورة وصورة تعدد العقد قام وارثه مقامه، فإن فقد الوارث جعل بينهما وما قيد به الزركشى المسئلة أخذا من كلام الشافعى بأن يأذن كل منهما فى رهن نصيبه بنصف الدين فيرهن المستعير الجميع بجميع الدين، فلو قالا أعرناك العبد لترهنه بدينك لم ينفك نصيب أحدهما بما ذكر لأن كلا منهما رضى برهن الجميع بجميع الدين، وأيده الشيخ بأن ماقاله موافق لقول المتولى وغيره إنه لو رهن اثنان عبدهما بدين لرجل على آخر لاتنفك حصة أحدهما بدفع شىء من الدين لأن نصيب كل منهما رهن بجميع الدين لكن الفرق بين رهن المالك ورهن المستعير لائح وصحة رهن الجميع بجميع الدين على خلاف إذن المالك ممنوعة مردود، بل المعتمد إطلاق الأصحاب من انفكاك نصيب أحدهما فيما إذا قالا أعرناك العبد لترهنه بدينك أو رهناه به، إذ العقد يتعدد بتعدد الراهن وبتعدد مالك العارية، ولو رهن شخص عبدين

أى وما هنا من ذلك (قوله بخلاف الإرث) أى فإنه لايختص القابض بما قبضه فيهما (قوله ودين الكتابة) أى وريع الوقف اه سم على منهج : أى فلو خالف الناظر وفعل ذلك بأن خص بعضهم أثم وضمن لبقية المستحقين بقدر مافوته عليهم، وفيه أيضا بعد ماذكر مانصه : ثم وقع على وجه الاستطراد أن ناظر الوقف ليس له أن يعطى أحد المستحقين معلومه ويؤخر الآخر حيث طالب بحقه وإن كان الأول أحوج إلا إن علم رضاه، وقال مر : أيضا ليس له أن يقدم أحد المستحقين بمعلومه إلا إذا كان الحاصل يوفى بمعلوم الباقين وقال : إذا قبض أحد الموصى لهم قدر حصته لم يزاحمه فيها الباقون، وقال أيضا مع قوله إن ريع الوقف شائع كالإرث : إنه إذا تعدد المؤجر لشىء وقبض بعضهم مايخصه اختص به وإن كان الإيجار لوقف اه. ومن الحوادث مستحقان بوقف شائع ولكل منهما النظر على نصفه فأجر أحدهما رقيقه شائعا بمقتضى النظر فهل يختص بأجرته ؟ فأجاب مر بأنه لايختص، وبالغ فى ذلك وقال : الحاصل أن ريع الوقف شائع ولو حصل بعقد كإيجار أحدهما لما له إيجاره، بخلاف الملك فإن أحد الشريكين فيه إذا أجر حصته المشاعة اختص بأجرتها، والفرق أن الواقف أجرى ملكه على وجه الشيوع فلا يجوز فيه التمييز بخلاف الملك، فانظر هذا مع ماسقناه عنه آنفا من قولنا إنه إذا تعدد المؤجر الخ، فإن كان مخالفا لهذا فالمعوّل على هذا لأنا نتحققه عنه ومبالغته فيه وهى حادثة سئل عنها .

[فائدة استطرادية] للناظر العمارة بغير إذن القاضى لأن العمارة من وظيفته كما صرحوا به، وليس له الاقتراض على الوقف إلا بإذن القاضى هذا هو الصحيح عند الشيخين مر اه سم على منهج. ويصدق الناظر فى قدر ماصرف على العمارة حيث ادعى قدرا لائقا بها، وقوله بغير إذن القاضى : أى حيث كان مايصرفه من غلة الوقف أو تبرعا منه أخذا من قوله وليس له الاقتراض الخ (قوله انفك نصيبه) أى النصف المنسوب لأحد الشريكين الذى قصده (قوله المسئلة)

(قوله وأيده الشيخ بأن ماقاله موافق لقول المتولى وغيره أنه لو رهن الخ) أى وهو ضعيف كما سيأتى (قوله لكن الفرق) هذا من كلام شيخ الإسلام بناء على اعتماد كلام المتولى وغيره، لكن فى سياق الشارح له على هذا الشكل مالا يخفى من الصعوبة (قوله وصحة رهن الجميع بجميع الدين) أى الذى صور به الزركشى المسئلة، وهذا من كلام شيخ الإسلام أيضا . وحاصله أنه يتعين تصوير المسئلة بما منع الزركشى تصويرها به بقوله فلو قالا أعرناك العبد الخ .

صفقة وسلم أحدهما له كان مرهونا بجميع الدين كما لو سلمهما فتلف أحدهما ، ولو مات الراهن عن ورثة فأدى أحدهم نصيبه لم ينفك كما فى المورث ، ولأن الرهن صدر ابتداء من واحد ، وقضيته حبس كل المرهون إلى البراءة من جميع الدين ، بخلاف مالو فدى نصيبه من التركة فإنه ينفك لأن تعلق الدين بالتركة إما كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن أو كتعلق الأرش بالجانى فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فينقطع التعلق عنه

(فصل) فى الاختلاف فى الرهن ومايتعلق به

إذا (اختلفا) أى الراهن والمرتهن (فى) أصل (الرهن) كأن قال رهنتنى كذا فأنكر (أو) فى (قدره) أى الرهن بمعنى المرهون كأن قال رهنتنى الأرض بأشجارها فقال بل الأرض فقط ، أو فى عينه كهذا العبد فقال بل الجارية ، أوقدر المرهون به كمائتين فقال بل مائة ، أو صفة المرهون به كرهنتنى بالألف الحال فقال الراهن بالمؤجل ، أو فى جنسه كما لو قال رهنته بالدنانير فقال بل بالدراهم (صدق الراهن) أى المالك (بيمينه) ولو كان المرهون بيد المرتهن إذ الأصل عدم مايدعيه المرتهن وإطلاقه بالنظر للمدعى كما قاله الشارح وإلا فمنكر الرهن ليس براهن وقوله (إن كان رهن تبرع) أى غير مشروط فى بيع قيد فى التصديق ودخل فى اختلافهما فى قدر المرهون مالو قال رهنتنى العبد على مائة فقال الراهن رهنتك نصفه على خمسين ونصفه على خمسين وأحضر له

هى قوله ولو رهن عبدا استعاره من اثنين الخ (قوله كما لو سلمهما) أى فيكون الباقى مرهونا بجميع الدين (قوله من التركة) أى فيما لو مات المورث وعليه دين مرسل فى الذمة وليس به رهن فتعلق بتركته .

(فصل) فى الاختلاف فى الرهن

(قوله وما يتعلق به) أى مايناسبه ، ومنه مالو أذن المرتهن فى بيع مرهون فبيع الخ ، وما لو كان عليه ألفان أحدهما رهن الخ (قوله فقال) أى الراهن (قوله بل الجارية) حيث صدقها الراهن فى هذه فلا تعلق للمرتهن بها لإنكاره ولا بالعبد لإنكار المالك ، وعليه فلو أراد المالك التصرف فى الجارية ببيع أو غيره فهل يتوقف على إذن المرتهن لأنه مرهون بزعم المالك أولا لأنه إنكار المرتهن لم يبق له حق وقياس ما سنذكره عن سم اعتبار إذنه ، وقد يفرق وهو المعتمد بأنه فيما يأتى إذا انقطع حق المجنى عليه بإبراء أو نحوه ثبت الحق للمرتهن كما قاله سم فيما يأتى ، وما هنا إنكار المرتهن أسقط اعتبار قول الراهن بالكلية كمن أقر بشىء لمن ينكره حيث قيل يبطل الإقرار ويتصرف المقر بما شاء ولا يعود للمقر له وإن كذب نفسه إلا بإقرار جديد ، ويأتى مثل ماذكر فى قول الشارح الآتى أو فى جنسه كما لو قال رهنته بالدنانير الخ (قوله أى المالك) حيث لم يقم به مانع من الحلف كصبا أو جنون أو سفه وقد رهن الولى فإنه الذى يحلف دونهم لعدم زوال الحجر عنهم ، وعبارة حج : أو مالك العارية ، وهى أولى لأن ماذكره الشارح يوهم أن المستعير لايصدق إذا ادعى شيئا مما ذكر وليس مرادا ، ثم قضية تصديق المالك أنه لو وافق المستعير المرتهن على ما ادعاه وأنكره مالك العارية أن المصدق هو المعير فيحلف ويسقط قول المستعير والمرتهن

(فصل) فى الاختلاف فى الرهن

(قوله إذ الأصل عدم مايدعيه المرتهن) هو تعليل لما فى المتن خاصة

خمسين ليفك نصف العبد ، والقول قول الراهن أيضا على أرجح الآراء ، ويدخل فى ذلك أيضا ما إذا كان قبل قبض المرهون لاحتمال أن ينكل الراهن فيحلف المرتهن ويقبضه الراهن بعد ذلك (وإن شرط) الرهن المختلف فيه بوجه مما ذكر (فى بيع تحالفا) كما لو اختلفا فى سائر كيفيات البيع فإن اتفقا على اشتراط الرهن فى البيع واختلفا فى الوفاء كأن قال المرتهن رهنتمنى المشروط رهنه وهو كذا فأنكر الراهن فلا تحالف حينئذ لأنهما لم يختلفا فى كيفية البيع الذى هو موقع التحالف بل يصدق الراهن بيمينه وللمرتهن الفسخ إن لم يرهن ، وإنما تعرض للتحالف هنا استدراكا على الإطلاق وإلا فقد علم مما مر فى بابه (ولو ادعى) على اثنين (أنهما رهناه عبدهما بمائة) وأقبضاه إياه (وصدقه أحدهما فنصيب المصدق رهن بخمسين) مؤاخذة له بإقراره (والقول فى نصيب الثانى قوله بيمينه) لما سلف (وتقبل شهادة المصدق عليه) أى المكذب لخلوها عن جلب النفع ودفع الضرر عنه ، فإن شهد معه آخر أو حلف المدعى معه ثبت رهن الجميع ، ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه وأن شريكه رهن أو سكت عن شريكه وشهد عليه قبلت شهادته فربما نسيا ، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق ، ولهذا لو تخاصم اثنان فى شىء قبلت شهادتهما بعد وإن كان أحدهما كاذبا ونازع فيه الأسنوى بأن محل كونها غير مفسقة ما إذا لم ينضم غيرها إليها ، أما هنا فبتقدير تعمده يكون جاحدا لحق وجب عليه فيفسق بذلك ، ورد بأن شرط كون الجحد مفسقا أن تفوت المالية على الغير وهنا لم يفت إلا حق الوثيقة وقد يقال : لا يلزم من جحوده الحق كونه متعمدا

(قوله ولو كان) غاية (قوله أما إذا كان) أى الاختلاف (قوله ويقبضه الراهن) ولا يمنع من ذلك تمكن الراهن من الفسخ قبل القبض ، لكن يرد عليه أن اليمين فرع الدعوى وشرطها أن تكون ملزمة ، وقبل القبض لا إلزام فيها لتمكنه من الفسخ ، هكذا رأيته بهامش عن ابن شرف وهو وجيه (قوله تحالفا) أى فى عين الصورة الأولى وهى ما إذا اختلفا فى أصل الرهن أخذا من قوله فإن اتفقا الخ (قوله واختلفا فى الوفاء) أى بالشرط .

[فرع] لو ادعى كل من اثنين على آخر أنه رهنه عبده مثلا وأقام كل منهما بينة بما ادعاه فإن اتحد تاريخهما أو أطلقت البينتان أو إحداهما تعارضتا ، وإن أرختا بتاريخين مختلفين عمل بسابقة التاريخ مالم يكن فى يد أحدهما وإلا قدمت بينة وإن تأخر تاريخها لاعتضادها باليد (قوله لم يرهن) أى الراهن (قوله على الإطلاق) أى فى قوله أو قدره (قوله لما سلف) أى من أن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن (قوله ولو زعم) أى ذكر (قوله قبلت) أى شهادة كل منهما على صاحبه فيصير العبد مرهونا بتمامه إن حلف المدعى مع شهادة كل يمينا أو أقام معه شاهدا بما ادعاه (قوله بعد) أى فى أى شىء كان سواء كان مالا أو غيره (قوله ونازع فيه) أى فى قوله فالكذبة الواحدة الخ (قوله ورد) أى ما نازع به الأسنوى (قوله وقد يقال) أى فى الاعتراض على الأسنوى (قوله كونه متعمدا) قد يرد على هذا أن الاسنوى إنما بنى اعتراضه على تقدير كونه متعمدا للكذب وأن ذلك لا يوجب فسقا ، إلا أن يقال تعمد الكذب فى عدم الرهن لا يستلزم العلم بثبوت الحق عليه ، أو يقال إن اعتراض الأسنوى على أصل الحكم

(قوله ويقبضه الراهن بعد ذلك) أى باختياره ، وإلا فمعلوم أنه لا يجبر على الإقباض إذ الصورة أنه رهن تبرع (قوله واختلفا فى الوفاء) أى بالشرط (قوله استدراكا على الإطلاق) فيه أنه ليس فى كلامه إطلاق بعد تقييده بقوله إن كان رهن تبرع فالأصوب أن يقال تصريحا بحكم مفهوم قوله إن كان رهن تبرع (قوله وقد يقال لا يلزم من جحوده الخ) فيه أن كلام الأسنوى مفروض فيما إذا تعمد

فيحتمل أنه عرضت له شبهة أو نسيان حمله على الإنكار . قال البلقيني : ومحل ذلك إذا لم يصرح المدعى بظلمهما بالإنكار بلا تأويل وإلا فلا تقبل شهادتهما لأنه ظهر منه مايقتضى تفسيقهما ، وما نوزع به من أنه ليس كل ظلم خال عن تأويل مفسقا بدليل الغيبة فيه نظر ، إذ الكلام فى ظلم هو كبيرة وكل ظلم كذلك خال عن التأويل مفسق ، ولا ترد الغيبة لأنها صغيرة على تفصيل يأتى فيها ، فالوجه ما قاله البلقيني ، ولو ادعيا على واحد أنه رهنهما عبده وأقبضه لهما وصدق أحدهما قبلت شهادة المصدّق بفتح الدال للمكذب إن لم يكن شريكه فيه (ولو اختلفا) أى الراهن والمرتهن (فى قبضه) أى المرهون (فإن كان فى يد الراهن أو فى يد المرتهن وقال الراهن غصبته صدق بيمينه) لأن الأصل عدم لزوم الرهن وعدم إذنه فى القبض ، بخلاف مالو كان بيد المرتهن ووافقه الراهن على إذنه

وهو قبول الشهادة (قوله قال البلقيني) راجع لقوله ولهذا لو تخاصم الخ والأولى رجوعه لقول الشارح قبلت شهادته فربما الخ (قوله وما نوزع به) أى البلقيني (قوله فالوجه ما قاله البلقيني) لكن قد يخالفه ماقدمه من قوله وإن تعمدا فالكذبة الواحدة الخ من قوله اعتراضا على الأسنوى ، ورد بأن شرط الخ ومن ثم رد شيخنا الزيادى تبعا لحج ما قاله البلقيني بعين ما قاله الشارح ردا على الأسنوى ، اللهم إلا أن يحمل ما قاله البلقيني على مالو تخاصما فى مال أنكره أحدهما وادعاه الآخر فلا يخالف مارد به على الأسنوى (قوله ولو ادعيا على واحد أنه رهنهما عبده) فى حج : ولو ادعى كل من اثنين أنه رهنه كذا وأقبضه له فصدق أحدهما فقط أخذه وليس للآخر تحليفه كما فى أصل الروضة هنا إذ لا يقبل إقراره له ، لكن الذى ذكراه فى الإقرار والدعاوى واعتمده الأسنوى وغيره أنه يحلفه لأنه لو أقر أو نكل فحلف الآخر غرم له القيمة لتكون رهنا عنده ، واعتمد ابن العماد الأول وفرق بأنه لو لم يحلف فى هذين لبطل الحق من أصله ، بخلاف ماهنا لأن له مردا وهو الذمة ولم يفت إلا التوثق اه . وفيه نظر وكفى بفوات التوثق محوجا إلى التحليف كما هو ظاهر (قوله وصدق) أى المدعى عليه (قوله إن لم يكن شريكه) أى شريك المصدق فى الدين (قوله صدق) أى الراهن فى عدم إذنه فى القبض : أى وعليه فلو تلفت فى هذه الحالة فى يد المرتهن فهل يلزمه قيمتها وأجرتها أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن يمين الراهن إنما قصد بها دفع دعوى المرتهن لزوم الرهن ، ولا يلزم من ذلك ثبوت الغصب ولا غيره ، ونظير ذلك ماتقدم من أنه لو ظهر فى المبيع عيب فادعى المشترى قدمه ليرد به وادعى البائع حدوثه ليكون من ضمان المشترى فإن القول فيه قول البائع ، ومع ذلك لو فسخ عقد البيع ورد المبيع على البائع لايلزم المشترى أرش العيب الحادث بمقتضى تصديق البائع فى دعوى الحدوث ، وعللوه بأن يمين البائع إنما صلحت لدفع الرد فلا تصلح لتغريم الأرش ، وعلى عدم لزوم المرتهن ماذكر فللراهن أن يستأنف دعوى جديدة على المرتهن ويقيم البينة عليه بأنه غصبه ، فإن لم تكن بينة حلف المرتهن أنه ماغصبه وأنه قبضه عن جهة الرهن ، وقد يقال إن مجرد حلف الراهن إنه ما أقبضه عن جهة الرهن يوجب ضمان القيمة على المرتهن لأنه بيمين الراهن انتفى استحقاق وضع يد المرتهن عليه بحق وذلك موجب للضمان ، ويفرق بين هذا وبين الاختلاف فى قدم العيب المذكور بأن حلف البائع أفاد عدم رد المشترى عليه ، بخلاف ما هنا فإنه لم يثبت بها حق للراهن فليراجع (قوله بيد المرتهن) وخرج بيد المرتهن مالو كان بيد الراهن فهو المصدق كما يأتى

(قوله فيه نظر إذ الكلام الخ) للشهاب سم فى هذا بحث فى حواشيه على التحفة (قوله فالوجه ماقاله البلقيني) لايلائم ماقدمه فى رد كلام الأسنوى لما لايخفى من أن كلام البلقيني مبنى على أن ما ذكر مفسق

له فى قبضه ، لكنه قال إنك لم تقبضه عنه أو رجعت عن الإذن فيحلف المرتهن ، ويؤخذ من ذلك أن من اشترى عينا بيده فأقام آخر بينة أنها مرهونة لم تقبل إلا إن شهدت بالقبض ، وإلا صدق المشترى بيمينه لأن الأصل بقاء يده ولأنه مدع لصحة البيع والآخر مدع لفساده (وكذا لو قال أقبضته عن جهة أخرى) كإجارة وإيداع وإعارة يصدق بيمينه (فى الأصح) لأن الأصل عدم إذنه فى القبض عن الرهن ، ويكفى قول الراهن لم أقبضه عن جهة الرهن على الأوجه . والثانى يصدق المرتهن لاتفاقهما على قبض مأذون فيه والراهن يريد صرفه إلى جهة أخرى ، وهو خلاف الظاهر لتقدم العقد المحوج إلى القبض ، ولو اتفقا على الإذن فى القبض وتنازعا فى قبض المرتهن فالمصدق من المرهون فى يده (ولو أقر) الراهن (بقبضه) أى المرتهن المرهون (ثم قال لم يكن إقرارى عن حقيقة فله تحليفه) أى المرتهن أنه قبض المرهون (وقيل لايحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلا كقوله أشهدت على رسم القبالة) قيل حقيقة القبض والرسم الكتابة والقبالة بفتح القاف وبالباء الموحدة الورقة التى يكتب فيها الحق المقر به : أى أشهدت على الكتابة الواقعة فى الوثيقة لكى آخذ بعد ذلك : أو ظننت حصول القبض بالقول . أو ألقى إلى كتاب على لسان وكيلى أنه أقبض ثم خرج مزورا ، لأنه إذا لم يذكر تأويلا يكون مناقضا لقوله لإقراره وأجاب الأول بأنا نعلم فى الغالب أن الوثائق يشهد عليها غالبا قبل تحقيق مافيها فأى حاجة إلى تلفظه بذلك ، ومقتضى كلام المصنف عدم الفرق بين كون الإقرار فى مجلس الحكم بعد الدعوى أم لا ، وهو كذلك كما هو مقتضى كلام العراقيين وجزم به ابن المقرى ، وإن قال القفال : إنه ليس له التحليف إذا كان الإقرار فى مجلس الحكم ، فإن قال من قامت عليه بينة بإقراره بالقبض منه لم أقر به أو شهدوا على أنه قبض منه بجهة الرهن لم يكن له التحليف ، وكذا لو أقر بإتلاف مال ثم قال أشهدت عازما عليه إذلا يعتاد ذلك ويأتى ذلك فى سائر العقود وغيرها على المنقول المعتمد

فى قوله ولو اتفقا على الإذن فى القبض (قوله لكنه) أى الراهن (قوله عنه) أى الرهن (قوله فيحلف المرتهن) والفرق بين هذا وبين مالو قال الراهن أقبضته عن جهة أخرى الآتى فى كلام المصنف أن التنازع ثم فى فعل الراهن وما هنا فى فعل المرتهن وكل أدرى بما صدر منه ، فيصدق الراهن ثم لأنه أدرى بصفة إقباضه والمرتهن هنا لأنه أدرى بصفة قبضه (قوله بيده) أى فى حال التنازع سواء كانت بيده قبل العقد أولا ، وقضية ذلك أنه لو لم تكن العين المبيعة بيده لم يكن الحكم كذلك ، وقضية قوله ولأنه مدع لصحة البيع الخ خلافه ، وسيأتى له مايوافقه فى قوله بعد قول المصنف والأظهر تصديق الخ ، ودعوى الراهن زوال الملك كدعواه الجناية فلعل التقييد باليد لأنه الذى يؤخذ مما ذكر ويكون الكلام فيه (قوله ويكفى) أى فلا يتقيد الحكم بما ذكره المصنف من قوله غصبته أو أقبضته الخ (قوله لكى آخذ) عبارة حج : لكى أعطى وهى الصواب (قوله لأنه) علة لقوله وقيل الخ (قوله فإن قال) متصل بكلام المصنف وكأنه قال : وخرج بقوله لم يكن إقرارى عن حقيقة مالو قال من الخ (قوله من قامت عليه) أى الراهن (قوله منه) أى من الراهن (قوله لم يكن له التحليف) أى جزما بل يبقى المرهون تحت يد المرتهن بلا يمين (قوله ثم قال) أى فيحلف المالك أن إقراره بالإتلاف عن حقيقة (قوله عليه) أى على الإتلاف (قوله إذ لايعتاد) أى فليس له التحليف ، وقد يفهم قوله إذ لايعتاد أنه لو ذكر لإقراره سببا محتملا عادة كأن قال رميت إلى صيد فأصبته وظننت أن تلك الإصابة حصل بها إتلاف المال الذى أقررت به ثم تبين لى خلافه أن له تحليف المقر له فى هذه الصورة ونحوها من كل مايذكر فيه لإقراره وجها محتملا (قوله ويأتى ذلك) أى

(قوله فأقام آخر بينة أنها مرهونة) أى منه قبل البيع حتى لايصح البيع (قوله لكى آخذ بعد ذلك) لامحل له هنا ، وإنما محله فى بعض أفراد ما يأتى فى قوله ويأتى ذلك فى سائر العقود وغيرها (قوله ويأتى ذلك) يعنى مامر فى المتن

كإقرار مقترض بقبض القرض وبائع بقبض الثمن ، وإنما يعتبر إقرار الراهن بالإقباض عند إمكانه فلو كان بمكة مثلا فقال رهنته داري بالشام وأقبضته إياها وهما بمكة فهو لغو ، نص عليه . قال القاضي أبو الطيب : وهذا يدل على أنه لايحكم بما يمكن من كرامات الأولياء : أي لأن هذه الأمور لايعوّل عليها في الشرع ، ولهذا قلنا من تزوج امرأة بمكة وهو بمصر فولدت لستة أشهر من العقد لايلحقه الولد ، ولو دفع المرهون إلى المرتهن بغير قصد إقباضه عن الرهن هل يكفي عنه وجهان ؟ في التهذيب أصحهما عدمه ، بل هو وديعة لأن تسليم المبيع واجب بخلاف المرهون (ولو قال أحدهما) أي الراهن والمرتهن (جني المرهون) بعد القبض (وأنكر الآخر صدق المنكر بيمينه) لأن الأصل عدم الجناية وبقاء الرهن ، وإذا بيع للدين فلا شيء للمقرّ له على الراهن بإقراره . ولا يلزم تسليم الثمن إلى المرتهن المقر لإقراره (ولو قال الراهن) بعد القبض (جني قبل القبض) سواء أقال جني بعد الرهن أم قبله وأنكر المرتهن (فالأظهر تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره) الجناية صيانة لحقه فيحلف على نفي العلم لأن الراهن قد يواطئ مدعي الجناية لغرض إبطال الرهن . والثاني يصدق الراهن لأنه أقرّ في ملكه بما يضره ، ومحل الخلاف عند تعيين المجني عليه وتصديقه له ودعواه وإلا فالرهن باق بحاله قطعا ودعوى الراهن زوال الملك كدعواه الجناية

الخلاف المذكور في المتن (قوله فقال رهنته) أي الآن (قوله داري) زاد حج اليوم (قوله على أنه لايحكم بما يمكن) أي أما مايوجد من كراماتهم بالفعل كما لوذهب الراهن والمرتهن في مسئلتنا للشام وأقبضه الدار ورجعا إلى مكة أولا فإنه لايعتد بالقبض ، وفي حج : نعم إذا ثبتت الولاية وجب ترتيب الحكم على الإمكان على طريق الكرامة ، قاله في المطلب اه . وهو إنما يأتي فيما بين الولي وبين الله في أمر موافق للشرع مكنه الله منه خرقا للعادة وفعله فيترتب عليه أحكامه باطنا ، أما ظاهرا فلا نظر للإمكان (قوله بغير قصد) أي بأن أطلق (قوله أصحهما عدمه) خلافا لحج (قوله لأن تسليم المبيع) قضية هذا التوجيه أنه لو كان للبائع حق الحبس اشترط قصد الإقباض عن جهة البيع لأن تسليمه الآن ليس واجبا عليه ، وأنه لو لم يكن له حق الحبس لكون الثمن مؤجلا أو حالا وقبضه البائع لايشترط قصد الإقباض عن جهة البيع لكون التسليم واجبا عليه فليراجع (قوله بخلاف المرهون) قال حج : ولو رهن وأقبض ما اشتراه ثم ادعى فساد البيع سمعت دعواه للتحليف وكذا بينته إلا إن قال هو ملكي غير معتمد على ظاهر العقد انتهى (قوله أي الراهن والمرتهن) تفسير للمضاف إليه وهو هما لا للمضاف وهو أحد إذ لو كان كذلك لقال أو المرتهن وبه عبر حج وكلاهما صحيح ، فالواو بناء على أنه تفسير للمضاف إليه وأو على أنه تفسير للمضاف (قوله على الراهن) أي بل كل الثمن للمرتهن (قوله ولا يلزم تسليم الثمن) لكن هل يتوقف صحة بيعه على استئذانه لأنه محكوم ببقاء الرهنية والرهن لايجوز بيعه بغير إذن المرتهن أو لايتوقف لأن قضية إقراره أنه لم يبق له حق فيه وإن لم يسلم إليه الثمن ، والقلب إلى الأول أميل ، ولعله ظاهر إطلاقهم كما قرره مر ومال إليه أقول : وقد يوجه بأنه قد ينقطع حق المجني عليه بنحو إبراء فيزول المانع من لزوم تسليم الرهن للمرتهن لأن الرهنية باقية ، غاية الأمر أن حق المجني عليه مقدم ، فإذا زال بنحو الإبراء تمحض الاستحقاق للمرتهن انتهى سم على حج (قوله إلى المرتهن) أي بل يسلم للراهن (قوله بعد القبض) أي أما لو قال ذلك قبل القبض فيصدق ويمتنع عليه الإقباض مؤاخذة له بإقراره ويتعلق برقبته حق المجني عليه (قوله له) أي الراهن (قوله زوال الملك) أي قبل القبض (قوله كدعواه) أي فلا يصدق

(قوله لأن تسليم المبيع الخ) تعليل لشيء محذوف لكنه معلوم : أي وإنما وقع القبض عن البيع مع الإطلاق

(والأصح أنه إذا حلف) المرتهن (غرم الراهن للمجنى عليه) لحيلولته بينه وبين حقه فهو كما لو قتله . والثانى لايغرم لأنه أقرّ بما لايقبل إقراره به فكأنه لم يقرّ (و) الأصح (أنه يغرم الأقل من قيمة العبد) المرهون (وأرش الجناية) كجناية أم الولد لامتناع البيع . والثانى يغرم الأرش بالغا ما بلغ (و) الأصح (أنه لو نكل المرتهن ردت اليمين على المجنى عليه) لأن الحق له (لا على الراهن) لأنه لم يدع لنفسه شيئا . والوجه الثانى ترد على الراهن لأنه المالك والخصومة تجرى بينه وبين المرتهن (فإذا حلف) المردود عليه منهما (بيع) العبد (فى الجناية) إن استغرقت الجناية قيمته وإلا بيع منه بقدرها ولا يكون الباقى رهنا لثبوت الجناية باليمين المردودة ولا خيار للمرتهن فى فسخ البيع المشروط فيه لتفويته حقه بنكوله (ولو أذن) المرتهن (فى بيع المرهون فبيع ورجع عن الإذن وقال) بعد البيع (رجعت قبل البيع وقال الراهن) بل (بعده فالأصح تصديق المرتهن) بيمينه لأن الأصل عدم البيع والرجوع فى الوقت المدعى إيقاع كل منهما فيه فيتعارضان ويبقى الرهن ، ومقتضى ما ذكر الاتفاق على البطلان فيما إذا اتفقا على الرجوع قبل البيع . وينبغى خلافه لأن فيه إبطالا لحق الغير ، ويمكن حمله على ما إذا لم يعين المشترى ، أو عينه فلم يصدقه ، أو عاد إلى الراهن بفسخ وغيره . وحينئذ فيصدق المرتهن على الأصح ولا يصح البيع ويبقى الرهن .
وقال فى الأنوار : ولو اتفقا على الرجوع قبل البيع فالقول للمشترى والمرهون على نفى العلم وعلى الراهن بدله . فإن نكلا وحلف المرتهن بطل البيع والإعتاق والإيلاد إن كان معسرا . والثانى يصدق الراهن لأنه أعرف بوقت بيعه وقد سلم له المرتهن الإذن (ومن عليه ألفان) مثلا (بأحدهما رهن) أو كفيل أو هو ثمن مبيع محبوس به والآخر خال عن ذلك (فأدى ألفا وقال أديته عن ألف الرهن) أو نحوه مما ذكر (صدق) بيمينه لأنه أعلم بقصده وكيفية

(قوله ردت اليمين على المجنى عليه) هو ظاهر إن كان المجنى عليه مكلفا . أما لو كان طفلا أو موقوفا فلا يتأتى تحليفه فهل تبقى العين فى يد المرتهن وتباع لحقه لثبوته بلا معارض أو يوقف الحال إلى كمال الطفل والصلح فيما لو كان موقوفا أو كيف الحال ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى فى مسئلة الطفل لأن كماله مرجو ، وكذا فى مسئلة الوقف لأن المرتهن بنكوله عن الحلف مع تمكنه منه منع من جواز تصرفه فيه (قوله بيع العبد) أى بكماله (قوله لثبوت الجناية) أى قبل القبض (قوله المشروط) أى الرهن فيه أى البيع (قوله فبيع ورجع) أى ثبت رجوعه من غير إضافة إلى وقت كما يصرح به قوله وقال رجعت بعد البيع (قوله فالأصح تصديق المرتهن) أى وعليه فلو انفك الرهن فينبغى تعلق حق المشترى به (قوله قبل البيع) أى وكذبهما المشترى (قوله وينبغى خلافه) معتمد (قوله ويمكن حمله) أى قوله ومقتضى الخ (قوله اتفقا) أى الراهن والمرتهن (قوله قبل البيع) أى أو الإعتاق أو الوطء الذى حملت منه ، وقد أذن المرتهن فى ذلك قبل (قوله فالقول للمشترى) أى فى البيع وقوله والمرهون : أى فى الإعتاق والإيلاد كما يعلم ذلك بمراجعة الأنوار وبه يتضح قول الشارح فإن نكلا الخ (قوله على نفى العلم) أى فيحلف كل على نفى العلم (قوله صدق بيمينه) ومن ذلك مالو اقترض شيئا ونذر

لأن الخ (قوله لثبوت الجناية باليمين المردودة) أى التى هى كإقرار المرتهن وهو لو أقر بهذه الجناية بطل الرهن ، إذ الصورة أن الجناية قبل القبض (قوله وينبغى خلافه) بل خلافه هو نص المذهب كما سيأتى عن الأنوار ، وحينئذ فكان اللائق بالشارح أن لايذكره على وجه البحث (قوله وحينئذ فيصدق المرتهن على الأصح) انظر ماوجه تفريع هذا على ماقبله ، وكان الظاهر أن يقول وحينئذ فيبقى الرهن بحاله اتفاقا . لايقال : لم لايجرى نظير هذا فى مسئلة المتن مع أنها أولى بعدم بطلان البيع . لأنا نقول : إنما صدق المرتهن فى مسئلة المتن لأنا لو لم نصدقه لفات عليه الرهن بلا بدل ، بخلاف هذا فإن البدل الذى لزم الراهن بموافقته للمرتهن قائم مقام الراهن هكذا ظهر فليتأمل (قوله وقال فى الأنوار ولو اتفقا على الرجوع الخ) صدر عبارة الأنوار : ولو باع أو أعتق أو وطئ

أدائه سواء اختلفا فى نيته أم لفظه ، فالعبرة فى جهة الأداء بقصد المؤدى حتى يبرأ بقصده الوفاء ويملكه المديون وإن ظن الدائن إيداعه ، وقضية ذلك أنه لافرق بين أن يكون الدائن بحيث يجبر على القبول وأن لا ، لكن بحث السبكى أن الصواب فى الثانية أنه لايدخل فى ملكه إلا برضاه ، وظاهر أن مثل ذلك مالوكان المدفوع من غير جنس الدين وقد يشمله كلام السبكى ، وكما أن العبرة فى ذلك بقصده فكذا الخيرة إليه فيه ابتداء . نعم لوكان على المكاتب دين معاملة فأراد الأداء عن دين الكتابة والسيد الأداء عن دين المعاملة فيجاب السيد وتفارق غيرها مما ذكر بأن دين الكتابة فيها معوّض للسقوط بخلاف غيرها ، وإنما اعتبر قصد المكاتب عند عدم التعرض للجهة لتقصير السيد بعدم التعيين ابتداء (وإن لم ينو) حالة الدفع (شيئا جعله عما شاء) منهما كما فى زكاة المالين الحاضر

أن للمقرض كذا مادام المال فى ذمته أو شىء منه ثم دفع له قدرا يفى بجميع المال وقال قصدت به الأصل فسقط عنى فلا يجب علىّ من النذر شىء من حين السقوط فيصدق ولوكان المدفوع من غير جنس الدين . ومقتضى ما يأتى عن السبكى أنه لايمكنه الأخذ إلا بالرضا ؛ فحيث لم يرض به أو رده أو بدله للناذر بقى موجب النذر فيطالب به حتى يبرأ الناذر من الأصل . والكلام كله حيث لم يقل وقت الدفع إنه عن النذر وإلا صدق الآخذ ، ويصرح به قوله سواء اختلفا فى نيته أو لفظه (قوله ويملكه المديون) المناسب الدائن (قوله بحيث يجبر على القبول) أى بأن كان المدفوع من جنس حقه ولا غرض له فى الامتناع (قوله وإلا) عكس ماذكرناه (قوله أن الصواب فى الثانية) هى قوله وأن لا (قوله أنه لايدخل) معتمد: أى ومع ذلك فالقول قول الدافع ، فعلى الآخذ رده إن بقى حيث لم يرض به وبدله إن تلف (قوله وظاهر أن مثل ذلك) أى مثل ماذكر من أنه لايدخل فى ملكه إلا برضاه (قوله وقد يشمله كلام السبكى) لأن معنى قوله وأن لا صادق بما إذا كان عدم الإجبار لكون المدفوع من غير الجنس ولكونه أحضره بغير صفة الدين أو قبل وقت حلوله وللدائن غرض فى الامتناع إلى غير ذلك (قوله عدم التعرض) أى منه (قوله لتقصير السيد بعدم التعيين) مقتضى ماتقدم عن السبكى أنه لايدخل فى ملك السيد إلا برضاه ، وعليه فلا يعتق العبد حيث لم يرض به السيد عن النجوم .

[فرع] علق طلاق زوجته على تزوّجه عليها أو تسرّيه وإبرائها له من خمسة دراهم من صداقها مثلا ولم يتعرض لأنه من صداقها ، ولكن قصد ذلك اعتبر قصده وبرئ من صداقها حتى لو تزوّج بعد ذلك أو تسرى وأبرأته من خمسة دراهم من صداقها لايحنث لأنه لم يبق لها صداق تبرئ منه فلم يوجد المعلق عليه ، هذا إذا كان الذى دفعه من جنس الصداق ، فإن كان من غير جنسه وقصد به الدفع عنه اعتبر قصده لكن لايبرأ بمجرد ذلك ، بل إن جرى بينهما تعويض صحيح أو تلف المدفوع فى يدها وكانت قيمته من جنسه ووجدت شروط التقاصّ برئ أيضا وامتنع الحنث بالتزوّج وإبرائها لما تقدم ، وإن لم يوجد تعويض صحيح ولا تلف المدفوع ولم توجد شروط التقاص فحقها باق ؛ فإذا تزوّج أو تسرى أو أبرأته مما ذكر فإن كان ظانا أنه برئ مما جرى فلا حنث لأن شرطه الإقدام على المعلق عليه مع العلم بوجوده ، وإن كان عالما بعدم براءته حنث هكذا قرره : م ر اهـ سم على منهج

وأحبل ثم اختلفا فى الإذن وعدمه صدق المرتهن ، فإن حلف بطل البيع مطلقا والإعتاق والإيلاد إن كان معسرا ، وإن نكل وحلف الراهن نفذ الكل ، وإن نكل ردت اليمين على المشترى والعبد والأمة ، ولا يثبت الإذن برجل أو امرأتين ، ولو اتفقا على رجوعه واختلفا فى وقته فقال المرتهن قد رجعت قبل التصرف وقال الراهن بل بعده صدق المرتهن وإن أنكر أصل الرجوع صدق الراهن ، ولو اتفقا على أن الرجوع كان قبل القبض فالقول للمشترى الخ

والغائب (وقيل يسقط عليهما) لانتفاء أولوية أحدهما على الآخر والتقسيط عليه بالسوية كما جزم به صاحب البيان وغيره ، وقيل على قدر الدينين ولو دفع المال عنهما قسط عليهما ، ولو مات قبل التبيين قام وارثه مقامه كما أفتى به السبكي فيما إذا كان بأحدهما كفيل ، قال : فإن تعذر ذلك جعل بينهما نصفين ، وإذا عين فهل ينفك الرهن من وقت اللفظ أو التعين ؟ الأوجه الأول . قال البلقيني : ولو باع نصيبه ونصيب غيره فى عبد ثم قبض شيئا من الثمن فهل نقول النظر إلى قصد الدافع وعند عدم قصده يجعله عما شاء ، أو نقول فى هذه الصورة القبض فى أحد الجانبين غير صحيح فيطرقها عند الاختلاف دعوى الصحة والفساد وعند عدم القصد يظهر إجراء الحال على سداد القبض ويلغى الزائد ؟ لم أقف على نقل فى ذلك ، وقد سئلت عن ذلك فى وقف منه حصة لرجل ومنه حصة لبنته التى هى تحت حجره والنظر فى حصته له وحصة بنته للحاكم وقبض شيئا من الأجرة كيف يعمل فيه ؟ وكتبت مقتضى المنقول وما أردفته به وهو حسن . ولو تبايع مشتركان درهما بدرهمين وسلم من التزم الزيادة درهما ثم أسلما فإن قصد بتسليمه الزيادة لزمه الأصل ، وإن قصد الأصل برئ ولا شىء عليه ، وإن قصدهما وزع عليهما وسقط باقى الزيادة . ولو لم يقصد شيئا عينه لما شاء منهما .

(فصل) فى تعلق الدين بالتركة

(من مات وعليه دين تعلق بتركته) المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين كما سيأتى (تعلقه بالمرهون) لأنه أحوط للميت إذ يمتنع على هذا تصرف الوارث فيه جزما ، بخلاف إلحاقه بالجناية فإنه يأتى فيه الخلاف فى البيع

أقول : قد يقال : الأقرب حنثه ببراءتها مطلقا لأن المعلق عليه البراءة لا التزوج ، وقد وجدت البراءه لبقاء الحق فى ذمته لانتفاء شروط التقاص (قوله والتقسيط عليه) أى الثانى (قوله قسط عليهما) هل التقسيط عليه بالسوية أو لا ؟ الظاهر جريان الخلاف السابق وأن الراجح منه أنه على السوية (قوله من وقت اللفظ) أى المفيد للأداء كقوله خذ هذا عن دينك وكان الأولى أن يقول من وقت الدفع (قوله فهل يقول الخ) معتمد (قوله إلى قصد الدافع) هذا هو الأقرب ليعود صاحب الدين المقتضى لاعتبار قصد الدافع (قوله عند الاختلاف) أى من الدافع والقابض كأن قال الأول أطلقت والثانى قصدتنى (قوله على سداد القبض) أى صحة القبض فيما يخصه بدليل قوله ويلغى الزائد (قوله وقد سئلت) من كلام البلقينى (قوله عن ذلك) أى عن نظير ذلك وهو دفع حصة من أجرة الموقوف (قوله مقتضى المنقول) راجعه من الفتاوى .

(فصل) فى تعلق الدين بالتركة

(قوله فى تعلق الدين بالتركة) أى وما يتبع ذلك كما لو تصرف الوارث ثم طرأ الدين (قوله بالمرهون) أى الذى تعدد راهنه فلو أدى أحد الورثة نصيبه من الدين انفك قدره من التركة كما يأتى فى قوله ويستثنى من إلحاقه بالرهن لكن مع هذا التأويل لا يكون مستثنى (قوله فى البيع) وهو قوله ولا الجانى المتعلق برقبته مال فى الأظهر

(قوله قسط عليهما) أى بالسوية لا بالقسط كما فى شرح الروض .

(فصل) فى تعلق الدين بالتركة

واغتفر هنا جهالة المرهون به لكونه من جهة الشرع . قال الأسنوى : ومحل مامر حيث لم يكن الدين قد أيس من معرفته وإلا فلا يتعلق بها لأنه لاغاية للحجر عليها ، وفيه نظر إذ ما أيس من معرفة صاحبه يصير من أموال بيت المال ، وحينئذ فللوارث ومن عليه دين كذلك دفعه لمتولى بيت المال العادل وإلا فلقاض أمين أو ثقة عارف ليصرفه فى مصارفه أو يتولى هو ذلك إن عرفه ، ويغتفر اتحاد القابض والمقبض هنا للضرورة ، وكالدين فيما ذكر الوصية المطلقة فيمتنع التصرف فى قدر الثلث ، وكذا التى بعين معينة فيمنعه فيما يحتمله الثلث منها وللموصى له فداء الموصى به كالوارث (وفى قول كتعلق الأرش بالجانى).لثبوته من غير اختيار المالك وشمل كلامه مالو كان بالدين رهن سواء أكان مساويا له أم أزيد منه بحيث يظهر ظهورا قويا أنه يوفى منه ، وهو كذلك كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى . ولا يبعد أن للشىء تعلقا عاما وتعلقا خاصا . نعم لوكان الدين أكثر من التركة فوفى الوارث قدرها انفكت من الرهنية (فعلى) الأول (الأظهر يستوى الدين المستغرق وغيره) فى رهن التركة فلا ينفذ تصرف الوارث فى شىء منها (فى الأصح) كالمرهون ، والثانى إن كان الدين أقل تعلق بقدره من التركة ولا يتعلق بجميعها لأن الحجر فى مال كثير بشىء حقير بعيد ، ومقتضى كلامه تبعا للرافعى أن الخلاف لايأتى على القول بأنه كتعلق الجناية ، لكن حكى فى المطلب الخلاف عليه . قال الأسنوى : فالصواب أن يقول فعلى القولين. وأجاب الشارح عن ذلك بأنهم رجحوا فى تعلق الزكاة على القول بأنها تتعلق بالمال تعلق الأرش برقبة العبد الجانى أنها تتعلق بقدرها منه وقيل بجميعه . فيأتى ترجيحه هنا فيخالف المرجح على الأرش المرجح على الرهن ، فقوله فعلى الأظهر الخ

(قوله ومحل مامر) من تعلقه بالتركة (قوله وفيه نظر) معتمد (قوله وحينئذ فللوارث) الأولى فعلى الوارث لأن هذا واجب ، وعبارة حج : فللوارث ومن عليه دين كذلك رفع الأمر لقاض الخ (قوله ومن عليه دين كذلك) أى أيس من معرفة صاحبه (قوله إن عرفه) أى وليس له الأخذ من ذلك لنفسه كما صرح به الشارح فيما لو أمره بدفع ماعليه للفقراء من أنه لا يأخذ منه شيئا وإن كان فقيرا وأذن له الدافع فى الأخذ منه وعين له مايأخذه بلا إفراز ، فإن أفرزه وسلمه له ملكه (قوله اتحاد القابض والمقبض) يأتى أنه قد يدعى أن الفقراء مثلا نائبون عن المالك فى القبض ومن عليه الدين إنما يدفع عن نفسه وعليه فلا اتحاد ، لكن يشكل بأن الشخص لايكون وكيلا عن غيره فى إزالة ملكه إلا أن يقال اغتفر ذلك للضرورة أيضا (قوله فنمنعه) أى الوارث فيما يحتمله الثلث من العين الموصى بها لأنه ملكه الموصى له بالقبول كما هو مقرر من أن الوصية تملك بالموت بشرط القبول (قوله فيما يحتمله الثلث منها) قال حج بعد مثل ماذكره الشارح : كذا قيل ، والقياس امتناع التصرف فى الأولى فى الكل وفى الثانية فى تلك العين فقط حتى يرد الموصى له أو يمتنع من القبول كما يعلم ذلك كله مما يأتى فى الوصية اهـ . وما ذكر أنه القياس يصرح به قول المصنف الآتى ، فعلى الأول الأظهر الخ (قوله وللموصى له) فائدة مستقلة (قوله فلا ينفذ تصرف الوارث) أى لنفسه ولو بإذن رب الدين ، بخلاف تصرفه لقضاء الدين ، فلو باع لأجله بإذن الغرماء

(قوله واغتفر هنا جهالة المرهون به) أى بالدين هو التركة ليوافق كلام غيره وكان الأولى حذف قوله به (قوله حيث لم يكن الدين) صوابه الدائن ولعل الألف سقطت من الكتبة (قوله وكالدين فيما ذكر الوصية المطلقة) أى فى قدر الثلث فقط بقرينة مابعده والظاهر أن الكلام فى العين فيما قبل القبول إذ الموصى له بعد القبول شريك مالك (قوله وللموصى له فداء الموصى به) أى فيما إذا كان هناك دين كما هو ظاهر (قوله وشمل كلامه) أى على القولين

صحيح اهـ . ومعلوم مخالفة الزكاة لما هنا لبنائها على المساهلة ، فجواب الشارح غير ظاهر وإنما هو بحسب فهمه ، وقد أجاب الوالد رحمه الله تعالى بأنه إنما نص على الأظهر لأن الخلاف عليه أقوى ، ويستثنى من إلحاقه بالرهن مالو أدى وارثه قسط ماورث فإنه ينفك نصيبه ، بخلاف مالو رهن ثم مات لاينفك إلا بوفاء جميع الدين ومرّ الفرق بينهما ثم ماذكر محله فى دين الأجنبي، أما دين الوارث فالصواب أنه يسقط منه مايلزمه أداؤه منه لو كان لأجنبي وهو نسبة إرثه من الدين إن كان مساويا للتركة أو أقل ، ومما يلزم الورثة أداؤه إن كان أكثر ويستقر له نظيره من الميراث ويقدر أنه أخذ منه ثم أعيد إليه عن الدين وهذا سبب سقوطه وبراءة ذمة الميت منه ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه على قدر حصصهم ، وقد يفضى الأمر إلى التقاص إذا كان الدين لوارثين (ولو

لابعضهم إلا إن غاب وأذن الحاكم عنه بثمن المثل صح وكان الثمن رهنا رعاية لبراءة الذمة ، إذ لايبرأ إلا بالأداء أو التحمل السابق آخر الجنائز أو إبراء الدائن ، وعلى ذلك أعنى تقييد النفوذ بإذن الغريم بما إذا كان لوفاء الدين يحمل إطلاق من أطلق صحته بإذنه ، وأفتى بعضهم بأنه لايصح إيجار شيء من التركة لقضاء الدين وإن أذن الغرماء ، ويوجه بأن فيه ضررا على الميت ببقاء رهن نفسه إلى انقضاء مدة الإجارة اهـ حج . أقول : هذا ظاهر إن كانت الأجرة مقسطة على الشهور مثلا أو مؤجلة إلى آخر المدة ، أما لو أجره بأجرة حالة وقبضها ودفعها لرب الدين ففيه نظر لأن الأجرة الحالة تملك بالعقد فتبرأ بدفعها للدائن ذمة الميت . لايقال : يحتمل تلف العين المؤجرة قبل تمام المدة فتنفسخ الإجارة فيما بقى من المدة . لأنا نقول : الأصل عدمه والأمور المستقبلة لاينظر إليها فى أداء الحقوق . وقد مرّ أنه يجوز جعل رأس مال السلم منفعة عقار وإن كان السلم حالا وتقبض بقبض محلها . ولا نظر لاحتمال التلف ، وظاهر أنه لافرق فى ذلك بين من يتصرف عن نفسه وبين غيره كالولىّ فى مال الصبىّ .

[فائدة] قال حج : وشمل كلامهم من مات وفى ذمته حج فيحجر على الوارث حتى يتم الحج عنه وبذلك أفتى بعضهم ، وأفتى بعض آخر بأنه بالاستئجار وتسليم الأجرة للأجير ينفك الحجر ، وفيه نظر لبقاء التعلق بذمته بعد اهـ . وظاهره اعتماد الأول ولو قيل باعتماد الثانى لم يكن بعيدا (قوله ومر الفرق) أى فى قوله قبيل فصل

(قوله ومعلوم مخالفة الزكاة لما هنا) أى فهم إنما رجحوا فيها التعلق بقدرها فقط لبنائها على المساهلة ، فلا يتأتى نظير الترجيح هنا لبناء ماهنا على التضييق لأنه حق الآدمى ، فقول الشارح الجلال : فيأتى ترجيحه هنا غير ظاهر للفرق المذكور . لكن الشهاب حج جازم بأنهم رجحوا هنا على الثانى التعلق بالقدر فقط (قوله لأن الخلاف فيه أقوى) أى فيتأتى له التعبير بالأصح المشعر بقوة الخلاف على اصطلاحه : أى وأما مقابل الأظهر فإنه وإن تأتى الخلاف عليه أيضا إلا أنه صحيح ٧ ومقابله لا أصح ومقابله فترك النص عليه اختصارا (قوله وهو نسبة إرثه من الدين) صوابه وهو مقدار من الدين نسبته إليه كنسبة مايخصه من التركة إليها (قوله ومما يلزم الورثة) أى ونسبة إرثه مما يلزم الورثة أداؤه وهو مقدار التركة على مامر فى التركيب ، ففيما لو كانت الورثة ابنا وزوجة وصداقها عليه ثمانين وتركته أربعين يسقط ثمن الأربعين وهو خمسة لأنها التى يلزمها أداؤها لو كان الدين لأجنبي . قال بعض المتأخرين : وليس معنى السقوط السقوط من أصله حتى لايجب إلا قضاء سبعة أثمان الصداق ، بل سقوط يؤدى إلى صحة تصرف الوارث فى مقدار إرثه لاستحالة الحجر عليه فى مقدار حصته مع أنه لا دين لغيره اهـ . فقول السبكى الذى ذكره الشارح ويرجع على الورثة بما يجب أداؤه محله فيما إذا تساويا كثمانين وثمانين فلها التصرف فى عشرة لا فى سبعين إلا إن أداها إليها الورثة لامتناع الاستقلال بالتصرف قبل الأداء من بقية الورثة

تصرف الوارث ولا دين ظاهر) ولا خفى (فظهر دين) أى طرأ فيشمل مالم يكن ثم كان كأن حفر فى حياته بئرا عدوانا ثم تردى فيها شخص بعد موته ولا عاقلة كما أشار له بقوله (برد مبيع بعيب) أتلف البائع ثمنه واحترز بقوله ولا دين عما لو كان الدين مقارنا وعلم به أو جهله كما فى الروضة فالتصرف باطل (فالأصح أنه لايتبين فساد تصرفه) لأنه كان سائغا له ظاهرا وباطنا خلافا لاقتصار الشراح على الظاهر إلا أن يكونوا رأوا أن تقدم السبب كتقدم المسبب باطنا وهو بعيد إذ تقدم السبب بمجرده لايكفى فى رفع العقد، والثانى يتبين فساده إلحاقا لما ظهر من الدين بالدين المقارن لتقدم سببه ومحل الخلاف حيث كان البائع موسرا وإلا لم ينفذ البيع جزما (لكن إن لم يقض) بضم الياء فيعم قضاء الوارث والأجنبى والمراد بذلك سقوطه فيشمل الإبراء وغيره (الدين فسخ) تصرفه على الأول ليصل المستحق إلى حقه والفاسخ لذلك الحاكم وظاهر أن محل الفسخ فى غير إعتاق الموسر وإيلاده، أما فيهما فلا فسخ كالمرهون بل أولى (ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله) لأنه خليفة المورث والمورث كان له ذلك، لكن لو أوصى بدفع عين إليه عوضا عن دينه أو على أن تباع ويوفى دينه من ثمنها عمل بوصيته

الاختلاف ولأن الرهن صدر ابتداء من واحد الخ (قوله أتلف البائع) أى المورث (قوله وإلا لم ينفذ) هلا قيل بنفوذه والضرر يندفع بالفسخ كما لو كان موسرا (قوله فى غير إعتاق الموسر) أفهم أن للحاكم فسخ الإعتاق والإيلاد إذا كانا من معسر، وعليه فلو تصرف العتيق مدة العتق وربح مالا فينبغى أنه يصير للورثة ولو لزمه ديون فى مدة الحرية فهل تتعلق بما حصل له من المال قبل الفسخ أولا، وإذا لم يكن فى يده مال أو كان ولم يف فهل يتعلق ما بقى من الدين بذمته فقط أو بها وبكسبه كالدين اللازم له بإذن من السيد؟ فيه نظر، والأقرب الثانى (قوله وقضاء الدين) الذى يلزمه قضاؤه وهو الأقل من القيمة والدين فإن استويا تخيرا ونقصت القيمة لم يلزمه أكثر منها فاللازم له هو الأقل منهما كما علم مما مر عن السبكى ومن تبعه اهـ حج (قوله إليه) أى الدين (قوله عمل بوصيته) أى ثم إن كانت تلك العين قدر الدين فظاهر. وإن زادت قيمتها عليه فينبغى أن قدر الدين من رأس المال ومازاد وصية يحسب من الثلث إلى آخر مافى الوصية. ووقع السؤال عما لو أوصى شخص بدراهم تصرف فى مؤن تجهيزه وهى تزيد على قدر المؤن المعتادة هل تصح الوصية فى الزائد أم لا؟ والذى يظهر أن مازاد على المعتاد وصية لمن تصرف عليهم المؤن عادة. فإن خرج ذلك من الثلث نفذت ويفرقها الوصى أو الوارث على من تصرف إليهم عادة بحسب رأيه، وهل من ذلك ماجرت به العادة من الذين يصلون على النبى صلى الله عليه وسلم أمام الجنازة وغيرهم أو لا؟ ولا يبعد أنهم يعطون وليس ذلك وصية بمكروه، ولا يتقيد ذلك بعدد بل يفعل

فيما عدا حصتها (قوله فيشمل مالم يكن ثم كان) فى تعبيره هنا بيشمل مساهلة فإنه يقتضى مشمولا آخر مع أن الحكم منحصر فيما ذكر (قوله وما أشار) معطوف على مدخول الكاف فى قوله كأن حفر: أى كحفر بئر، وكالذى أشار إليه الخ، إذ لايصح عطفه على قوله مالم لأنه غير مغاير له بل من أفراده (قوله وإلا لم ينفذ البيع جزما) انظر ماوجه تخصيص البيع مع أن المصنف عبر بالتصرف الأعم، بل ماذكره من عدم نفوذ البيع من المعسر يخالفه قول القوت: واعلم أن قوله يعنى المصنف فسخ يشمل البيع والعتق والوقف وغيرها وهو فى البيع ونحوه واضح، وأما العتق فإن كان معسرا فكذلك نظرا للميت، وإن كان موسرا ففى نقضه نظر، ولعله أولى بالنفوذ من عتق الراهن الموسر إذ التعليق طار على التصرف اهـ. فتفضيله فى العتق بين الموسر والمعسر فى الفسخ صريح فى نفوذه وغيره من المعسر كالموسر إذ الفسخ فرع النفوذ وسيأتى فى كلام الشارح (قوله وقضاء الدين) يعنى الأقل من القيمة والدين

وليس للوارث إمساكها والقضاء من غيرها لأن تلك العين قد تكون أطيب كما قالاه فى باب الوصية ، ولو كان الدين أكثر من التركة فقال الوارث آخذها بقيمتها وأراد الغرماء بيعها لتوقع زيادة راغب أجيب الوارث فى الأصح لأن الظاهر أنها لاتزيد على القيمة وللناس غرض فى إخفاء تركات مورثهم عن شهرتها للبيع ، فإن طلبت بزيادة لم يأخذها الوارث بقيمتها كما صرح به ابن المقرى. قال الزركشى : ومحل كون ذلك الوارث إذا لم يتعلق الحق بعين التركة فإن تعلق بها لم يكن له ذلك ، فليس للوارث إمساك كل مال القراض وإلزام العامل أخذ نصيبه منه من غيره كما فى الكفاية عن البحر (والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لايمنع الإرث) لأن تعلقه بها لايزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون والمجنى عليه بالجانى وذلك لايمنع الإرث فكذا هنا . والثانى يمنع لقوله تعالى – من بعد وصية يوصى بها أو دين – أى من بعد إعطاء وصية أو إيفاء دين إن كان حيث قدم على الميراث . وأجيب بأن تقديمه عليه لقسمته لايقتضى أن يكون مانعا منه ، وإذا كان الدين غير مانع للإرث (فلا يتعلق بزوائد التركة كالكسب والنتاج) لحدوثها فى ملك الوارث ولأنه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن

ماجرت به العادة لأمثال الميت ، وبقى مالو تبرع بمؤن تجهيزه غير الورثة هل يبقى الموصى به للورثة كبقية التركة أو يصرف لمن قام بتجهيزه زيادة على ما أخذوه عملا بأن هذا وصية لهم ؟ فيه نظر ، والظاهر الأول (قوله والقضاء من غيرها) أى فلو خالف وفعل نفذ تصرفه وإن أثم بإمساكها لرضا المستحق بما بذله الوارث ووصوله إلى حقه من الدين ، ويحتمل فساد القبض لما فيه من تفويته غرض المورث والظاهر الأول ، وكذا لو اشتملت التركة على جنس الدين فليس له إمساكها وقضاء الدين من غيرها لأن لصاحب الدين أن يستقل بالأخذ اهـ شيخنا زيادى بالمعنى . أقول : يتأمل وجه ذلك فإن مجرد جواز استقلال صاحب الدين بأخذه من التركة لايقتضى منع الوارث من أخذ التركة ودفع جنس الدين من غيرها ، فإن رب الدين لم يتعلق حقه بالدين تعلق شركة وإنما تعلق بها تعلق رهن والراهن لايجب عليه توفية الدين من عين الرهن ، ثم رأيته فى حج (قوله أجيب الوارث فى الأصح) محله مالم يكن فى مال الوارث شبهة والتركة ومال الغير لاشبهة فيهما اهـ حج بالمعنى (قوله لم يأخذها) أى لم يجب لأخذها (قوله أخذ نصيبه منه من غيره) ويوجه بأن العامل يملك حصته من المال فيصير شريكا للوارث (قوله لايمنع الإرث) أى فيملكها الوارث ، قال حج : وقضية كونها ملكه إجباره على وضع يده عليها وإن لم يف بالدين ليوفى ماثبت منه لأنه خليفة مورثه ولأن الراهن يجبر على الوفاء من رهن لايملك غيره فإن امتنع ناب عنه الحاكم اهـ . وقوله ماثبت منه : أى ثبت وفاؤه بأن يجب دفعه للمستحق (قوله فلا يتعلق بزوائد التركة) ظاهره ولو متصلة كالسمن فتقوم مهزولة ثم سمينة فما زاد عن قيمتها مهزولة اختص به الورثة ، ولا ينافى هذا قوله كالكسب لأنه مثال ، ويؤيد هذا مايأتى فى قوله وفصل الحكم الخ ، لكن عبارة حج بزوائد التركة المنفصلة اهـ ، ومفهومه أن المتصلة يتعلق بها الدين لكنه ذكر بعد ذلك فى الحب إذا انعقد بعد موت المدين مايقتضى أن الزيادة المتصلة لاتكون رهنا فتقوم التركة بالزيادة وبدونها كما سبق فليراجع فإنه مهم (قوله لحدوثها فى ملك الوارث) خرج بذلك

(قوله إذا لم يتعلق الحق بعين التركة) أى تعلق ملك بدليل المثال (قوله لقسمته) أى الإرث والمراد أن تقديمه عليه فى الآية إنما هو تقديم على قسمته لا على أصله (قوله ولأنه لو كان باقيا) يعنى ماذكر .

يرثه من أسلم أوعتق من أقاربه قبل قضاء الدين وأن لايرثه من مات قبل القضاء من الورثة ، ولو مات عن زرع لم يستبل هل يكون الحبّ من التركة أوللورثة ؟ الأقرب كما قاله الأذرعى الثانى ، ثم قال : فلو برزت السنابل ثم مات وصارت حبا فهذا موضع تأمل اه . والأوجه مافصله بعضهم أن الزيادة الحاصلة بعد الموت للورثة فلا يتعلق الدين بها ، وفصل الحكم فى ذلك فيما يظهر أن يقوم الزرع على الصفة التى كان عليها عند الموت فيتعلق الدين بقدر ذلك من ثمنه أما الثمرة غير الحب فقال بعض المتأخرين : إن مات وقد برزت ثمرة لا كمام لها فهى تركة . وكذا إن كان لها كمام لكن أبرت قبل موته ، فإن لم تؤبر أو ترك حيوانا حاملا فوجهان بناء على أنه يأخذ قسطا من الثمن أولا . واعلم أن ماقبضه بعض الورثة من دين مورثه يشاركه فيه البقية . نعم لو أحال وارث على حصته من دين مورثه فقبضها المحتال فلا يشاركه أحد فيها لأنه قبضها عن الحوالة لا الإرث .

ماحدث مع موت المورث ، وعبارة حج : وظاهره أن ماحدث مع الموت تركة ، ويظهر أن المراد به آخر الزهوق لأن الأصل بقاء ملك الميت حتى يتحقق الناقل ولا يتحقق إلا بتمام خروج الروح ، ولا أثر لشخص البصر لما مر أنه بعد خروجها وأنه من آثار بقايا حرارتها الغريزية اه (قوله الثانى) أى فيأخذ الوارث السنابل وما زاد على ماكان موجودا من الساق وقت الموت . وقال سم على منهج بعد نقله مثل ماذكر عن الرملى : وهل يجرى ذلك فى الحيوان القياس الجريان ، واعتمد شيخنا نقله عن بعضهم وهو أن للوارث أيضا زيادة الزرع الحاصلة بعد الموت فيقوم عند الموت وبعده فما زاد بعد الموت على قيمته عنده يكون للوارث ، فسئل هل يجرى ذلك فى الحمل المقارن لعقد الرهن فيكون تركة مرهونا فيستحق زيادته للوارث على ماقبل الرهن ؟ فتوقف وقال : لايمكن تقويمه ، وقد يقال يمكن تقويم الأم معه فقد تظهر الزيادة فليحرر (قوله أن الزيادة) أى إن تميزت (قوله فوجهان) أرجحهما أنه تركة وعليه فتكون الثمرة مطلقا تركة ، لكن ينبغى أن مايقابل نموها للوارث أخذا مما مر فى مسئلة الزرع . قال سم على منهج : ولو بذر أرضا ومات والبذر مستتر بالأرض لم يبرز منه شىء ثم نبت أو برز بعد الموت قال مر : يكون جميع مابذر بتمامه للوارث لأن التركة هى البذر وهو باستتاره فى الأرض كالتالف وما برز منه ليس عينه بل غيره لكنه متولد وناشىء منه كما قاله ، وأظن أن ذلك بحث منه لانقل فيه فليتأمل وليراجع اه : أى فإنه قد يقال إن البذر حال استتاره كالحمل وهو للوارث مطلقا .

كتاب التفليس

وهو لغة : مصدر فلسه : أى نسبه للإفلاس الذى هو مصدر أفلس : أى صار إلى حالة ليس معه فيها فلس ومن ثم قال فى الروضة : هو أى لغة النداء على المفلس ، وشهره بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التى هى أخس الأموال ، وشرعا : جعل الحاكم المديون مفلسا بمنعه من التصرف فى ماله بشرطه الآتى . والأصح فيه ما صح « أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله فى دين كان عليه وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم : ليس لكم إلا ذلك ، ثم بعثه إلى اليمن وقال له : لعل الله يجبرك ويؤدى عنك دينك . فلم يزل باليمن حتى توفى النبى صلى الله عليه وسلم » (من عليه ديون) لآدمى لازمة (حالة زائدة على ماله يحجر عليه) وجوبا كما هو القاعدة الأكثرية ما جاز بعد منعه كان واجبا وشمل ما إذا كان بسؤال الغرماء وما إذا كان بسؤال المفلس . وبه صرح فى الأنوار وهو المعتمد ، وإن قال بعضهم بالجواز فى الثانى . وقول السبكى هذا ظاهر إذا تعذر البيع حالا ، وإلا فينبغى عدم وجوبه لأنه ضرر بلا فائدة ممنوع كما أفاده الشيخ .

كتاب التفليس

(قوله أى صار إلى حالة) هو بهذا المعنى مساو أو مقارب لمعناه عرفا الذى ذكره المحلى . ولعل هذا هو حكمة عدم تعرض الشارح لما ذكره المحلى (قوله لغة النداء على المفلس) أبدله حج بقوله على المدين الآتى وكتب عليه سم أشار بالآتى إلى المعتبرات الآتية ، وفى اعتبار اللغة لذلك نظر واضح إلا أن يراد أن ذلك من ماصدقاته لغة اهـ . ولا يرد ذلك على قول الشارح المفلس لأن المفلس لغة المعسر لابقيد اعتبار الشروط الآتية فى موجب الحجر (قوله وشهره) عطف تفسير ، قال سم على منهج : وفائدته بيان أن المراد النداء عليه من جهة الإفلاس لا من جهة أخرى اهـ (قوله التى هى أخس الأموال) أى بالنسبة لذاتها فإن النحاس بالنسبة للذهب والفضة خسيس وباعتبار عدم الرغبة فيها للمعاملة والادخار (قوله مفلسا) ينبغى ضبطه بفتح الفاء وتشديد اللام لأنه الموافق لقوله قبل مصدر فلسه إذا نسبه الخ لابضم الميم وسكون الفاء (قوله ليس لكم إلا ذلك) أى الآن اهـ سم والقرينة عليه من الحديث قوله ويؤدى عنك دينك إذ لو كان المراد السقوط مطلقا لم يكن عليه دين يترجى قضاءه بقوله لعل الله الخ (قوله من عليه ديون) أى ولو كانت منافع اهـ سم على منهج عن مر ، وصورة ذلك أن يلزم ذمته حمل جماعة إلى مكة مثلا (قوله حالة زائدة) أى وإن قلت الزيادة (قوله وشمل) أى القول بالوجوب فلا يقال سيأتى فى المتن ذلك فلا حاجة إلى ذكره (قوله وقول السبكى) عبارة حج : وبحث ابن الرفعة أنه لاحجر على ماله المرهون لأنه لا فائدة له ورد وه بأن له فوائد كمنع تصرفه الخ اهـ فجعل تلك الفوائد للحجر فى مال المرهون لامطلقا كما ذكره الشارح ، ثم ماذكره حج يأتى نحوه فى قول الشارح الآتى قال ابن الرفعة وقضية العلة الخ (قوله هذا ظاهر) أى ماتقدم من كون الحجر واجبا بسؤال الغرماء أو بسؤاله (قوله ممنوع) قد يتوقف فى المنع بما ذكر ، فإن مراد

كتاب التفليس

(قوله ومن ثم) أى ومن أجل كون التفليس النسبة المذكورة قال فى الروضة ماذكر أى لأن النداء عليه

بل له فوائد منها المنع من التصرف بإذن المرتهن والمنع من التصرف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه والحجر عليه في ماله إن كان مستقلا وإلا فعلى وليه في مال موليه (بسؤال الغرماء) ولو بنوابهم كأوليائهم لأن الحجر لحقهم وفي النهاية أن الحجر كان على معاذ بسؤال الغرماء فلا حجر بدين الله تعالى ولو فوريا كما قاله الأسنوي خلافا لبعض المتأخرين إذ كلامه مفرع على ثبوت المطالبة به من معين (ولا حجر بالمؤجل) لأنه لا يطالب به في الحال والديون في كلامه مثال ، إذ الدين الواحد إذا زاد على المال كاف ، وكذا لفظ الغرماء وخرج باللازم غيره كدين الكتابة وما ألحق به من ديون المعاملة التي على المكاتب لسيده ، وقضية كلامه عدم الحجر عليه عند انتفاء المال ، وتوقف الرافعي فيه بأنه قد يقال بجوازه منعا له من التصرف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه رده ابن الرفعة بأنه مخالف للنص والقياس ، إذ ما يحدث له إنما يحجر عليه تبعا للموجود وما جاز تبعا لا يجوز قصدا ، قال الأذرعي : وهذا هو الحق . والحاجر على المفلس الحاكم دون غيره لاحتياجه لنظر واجتهاد وشمل ذلك العبد المأذون . وأما أصل الحجر فلأن فيه مصلحة للغرماء فقد يخص بعضهم بالوفاء فيضر الباقين وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع قال ابن الرفعة : وقضية العلة أنه لو كان ماله مرهونا امتنع الحجر ولم أره إلا أن يكون في المال

السبكي أنه حيث أمكن بيعه حالا باعه القاضي ولا يحتاج إلى الحجر . وحيث تولاه القاضي فلا يمكن المفلس من التصرف فيه ، لكن هذا التوقف لا يأتي بالنسبة لتعدى الحجر إلى ما سيحدث (قوله بسؤال الغرماء) سيأتي أن الأصوب أنه كان بسؤال منه (قوله ولو فوريا) كالزكاة إذا حال الحول وحضر المستحقون (قوله من معين) قضيته أنه لو انحصر المستحقون حجر عليه لحقهم إلا أن يقال إن شأن دين الله أن لا يكون له طالب معين . ثم رأيت في سم على حج : نعم لو لزمت الزكاة الذمة وانحصر مستحقها فلا يبعد الحجر حينئذ اه . ولعل مراده بالانحصار كونهم ثلاثة فأقل على ما يأتي للشارح في أواخر قسم الصدقات ، ويؤخذ من كلام سم المذكور أنه لو كان المنذور له معينا حجر له أيضا (قوله ولا حجر بالمؤجل) الأولى أن يعبر بالفاء لأنه مفرع على قوله حالة الخ (قوله مثال) ويدل على كونه مثالا قول المصنف الآتي فلو طلب بعضهم الخ (قوله وما ألحق به) وكالثمن في مدة خيار المشتري فلا حجر به لانتفاء اللزوم إن تعدى الحجر إليه لو حجر بغيره وكشرطه للمشتري شرطه للبائع أو لهما فلا حجر به لانتفاء الدين ، لكن رأيت ببعض الهوامش أنه يحجر بالثمن في زمن خيار المشتري لأنه آيل إلى اللزوم اه . وفيه وقفة (قوله وقضية كلامه) حيث قال على ماله (قوله وهذا) أي قوله رده ابن الرفعة وقوله هو الحق معتمد (قوله دون غيره) أي كالمحكم والمصلح وسيد العبد المأذون كما يأتي . لكن نقل سم على حج عن شرح العباب أن مثل الحاكم المحكم وإطلاق الشارح يخالفه (قوله وشمل ذلك العبد) أي فالحاجر عليه الحاكم دون السيد (قوله وأما أصل الحجر) قسيم ما فهم من قوله لاحتياجه لنظر واجتهاد ، إذ تقديره : أما كون الحاجر القاضي فلاحتياجه الخ وأما أصل الحجر الخ (قوله وقضية العلة) هي قوله فقد يخص بعضهم الخ

بما ذكر نسبة له للأفلاس (قوله منها المنع من التصرف بإذن المرتهن) أي لأن الحاكم إذا باع أمواله للغرماء لا يتسلط على العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها ، فإذا لم يحجر ربما استأذن المدين المرتهن وباع العين المرهونة وتصرف فيما زاد منها على الدين ففائدة الحجر المنع من ذلك (قوله وأما أصل الحجر الخ) لا موقع للتعبير بأما هنا (قوله قال ابن الرفعة وقضية العلة الخ) عبارة ابن الرفعة كما نقله غير الشارح : ومن هذه العلة يؤخذ أنه لو كان ماله مرهونا

رقيق وقلنا ينفذ عتقه وإن كان مرهونا اهـ . وجوابه أن المرتهن قد يأذن له فى التصرف أو يفك الرهن فيحصل الضرر . نعم إن فرضه مرهونا عند كل الغرماء اتجه بعض اتجاه لكنه ضعيف أيضا فإن بعض الغرماء قد يبرئ من دينه وبتقدير أن لا يبرئ فقد تكون حصته من المرهون أكثر من دينه فينفك الرهن عنه فيحصل المحظور . ويكفى فى لفظ الحجر منع التصرف أو قوله حجرت بالفلس كما اقتضى كلام الجمهور التخيير بين الصيغتين ونحوهما وهذا كانعقاد البيع بلفظ التمليك ، والمراد بماله المال العينى الذى يتمكن من الوفاء منه فإن لم يتمكن كمغصوب وغائب فغير معتبر . وأما المنافع فإن تمكن من تحصيل أجرتها اعتبرت كما قاله بعض المتأخرين وإلا فلا . وأما الدين فإن كان على مقر ملىء اعتبر كما قاله الأسنوى وإلا فلا ، ويلحق به البينة ولا بد من تقييد ذلك بما إذا كان المديون حاضرا كما قاله أيضا (وإذا حجر بحال لم يحل المؤجل فى الأظهر) لأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه ..والثانى يحل لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال . فيسقط الأجل كالموت ، وفرق الأول بخراب الذمة بالموت ،

(قوله ينفذ عتقه) أى على المرجوح (قوله فيحصل الضرر) أى فوجب الحجر عليه نظرا لذلك (قوله نعم إن فرضه) أى ابن الرفعة (قوله فينفك الرهن) وأيضا إذا حجر عليه تعدى إلى ما يحدث له باصطياد ونحوه (قوله ويكفى فى لفظ الحجر) أى فى اللفظ المفيد للحجر (قوله أو قوله) أى القاضى (قوله التخيير بين الصيغتين) وهما منع التصرف وقوله حجرت لكن الظاهر أن ذكر الفلس غير شرط وإنما عبروا به لكون الكلام فيه (قوله ونحوهما) أى كفلسته (قوله كمغصوب وغائب) أى فلو كانت أمواله كلها مغصوبة فلا حجر أو بعضها مغصوبا وبعضها غير مغصوب وزاد دينه على غير المغصوب حجر وإن زاد على دينه المغصوب (قوله وأما المنافع) وينبغى أن مثلها الوظائف والجامكية التى اعتيد النزول عنها بعوض فيعتبر العوض الذى يرغب بمثله فيها عادة ويضم لماله الموجود فإن زاد دينه على مجموع ذلك حجر عليه وإلا فلا (قوله فإن تمكن من تحصيل أجرتها) أى حالا بأن تمكن إجارتها مدة طويلة فتعتبر تلك الأجرة فإن زاد دينه عليها حجر وإلا فلا ، ويعتبر فيما يؤجر به فى المدة الطويلة أن لا يظهر فيه نقص بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس فى غرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة ، ولا فرق فى المنافع بين المملوكة والموقوفة حيث كانت الإجارة فى الوقف على ما جرت به العادة فى مثله (قوله ولا بد من تقييد ذلك) أى قوله وأما الدين الخ (قوله حاضرا) وينبغى أن مثل حضوره ما لو أمكن الرفع للقاضى واستيفاء

امتنع الحجر ولم أره منقولا والفقه منع الحجر إذ لا فائدة فيه اهـ . فلعل قوله والفقه الخ سقط من نسخ الشارح بقرينة قوله إلا أن يكون الخ . نعم لم أر فى كلام غيره نقل هذا الاستثناء عن ابن الرفعة (قوله وقلنا ينفذ عتقه) أى على مقابل الأظهر القائل بنفوذه ولو من المعسر (قوله أو قوله حجرت بالفلس) فى جعل هذا من مدخول يكفى المشعر ببعد كفايته مسامحة ، وعبارة ابن الرفعة : وهل يكفى فى لفظ الحجر منع التصرف أو يعتبر أن يقول حجرت بالفلس إذ منع التصرف من أحكام الحجر فلا يقع به الحجر وجهان. انتهت إلا أن يكون التعبير بالكفاية بالنظر للمجموع (قوله والمراد بماله) أى فى قول المصنف زائدة على ماله (قوله فى غير معتبر) أى فى زيادة الدين عليه (قوله فإن لم يتمكن كمغصوب وغائب) الظاهر أن الضمير فى يتمكن الأول والثانى يرجع إلى القاضى (قوله ولا بد من تقييد ذلك بما إذا كان المديون حاضرا) انظر ما مراده بالمديون هل هو الذى عليه الدين للمفلس أو هو نفس المفلس

ولا يحل الأجل إلا بالموت أو الردة المتصلة به أو استرقاق الحربى كما جزم به الرافعى فى الكتابة فى الحكم الثانى ، ونقله عن النص ووقع فى أصل الروضة أنه يحل بالجنون ، وإذا بيعت أموال المفلس لم يدخر منها شىء للمؤجل فإن حل قبل القسمة التحق بالحال ، وسيأتى فى الجهاد حكم سفر من عليه دين حال (ولو كانت الديون بقدر المال فإن كان كسوبا ينفق من كسبه فلا حجر) لعدم الحاجة بل يلزمه الحاكم بقضاء الديون ، فإن امتنع باع عليه أو أكرهه عليه قال الأسنوى : فإن التمس الغرماء الحجر عليه : أى عند الامتناع حجر فى أظهر الوجهين وإن زاد ماله على دينه انتهى ، وهذا يسمى الحجر الغريب فليس مما نحن فيه (وإن لم يكن) كسوبا (وكانت نفقته من ماله فكذا) لاحجر عليه (فى الأصح) لتمكنهم من المطالبة فى الحال . والثانى يحجر عليه كى لايضيع ماله فى النفقه ، وقد احترز عن هذا بقوله زائدة على ماله (ولا يحجر) عليه (بغير طلب) من غرمائه أو من يخلفهم إذ هو لمصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم ، فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه وجب على الحاكم الحجر من غير سؤال لأنه

الدين من ماله الحاضر فى غيبته (قوله ولا يحل الأجل إلا بالموت) قال حج : ويؤخذ مما تقرر فى الحلول به : أى بالموت أن من استأجر محلا بأجرة مؤجلة ومات قبل حلولها وقبل استيفاء المنفعة حلت بالموت كما أفتى به شيخ الإسلام الشرف المناوى ، ويستثنى من حلوله بموت من عليه الدين مالو تحمل دينه بيت المال فلا يحل على بيت المال بموت المدين انتهى حج . ومن صوره مالو قتل خطأ أو شبه عمد ولا عاقلة له سوى بيت المال ، فإذا مات بقيت الدية مؤجلة على بيت المال ، وقد يقال لاتستثنى هذه لأنه إنما نفى الحلول على بيت المال ، وكلامهم فى الحلول بموت من عليه الدين ، وفى هذه الصور قد تعلق الدين ببيت المال فكأن من عليه الدين برئ حالة الموت (قوله أو الردة المتصلة) قضيته أن الحلول حينئذ بالردة اه سم على حج . أقول : وهو كذلك وتظهر فائدته فيما لو تصرف الحاكم بعد الردة بأداء ماله لبعض الغرماء ، فإذا مات تبين بطلان تصرفه لتبين حلول الدين بنفس الردة ، فلا تصح قسمة أمواله على غير أرباب الديون المؤجلة لتبين أنها صارت حالة فيقسم المال بينه وبين غيره (قوله ووقع فى الروضة الخ) ضعيف (قوله قبل القسمة) أى أو معها لعدم خروج المال على ملك المفلس وقت الحلول (قوله أو أكرهه عليه) بالضرب والحبس إلى أن يبيعه ويكرر ضربه لكن يمهل فى كل مرة حتى يبرأ من ألم الأولى لئلا يؤدى إلى قتله انتهى حج . وكتب عليه سم قوله بالضرب . قال فى شرح الروض : وإن زاد مجموعه على الحد . قال : وعبارته فإن لم ينزجر بالحبس : أى الذى طلبه الغريم ورأى الحاكم ضربه أو غيره فعل ذلك وإن زاد مجموعه على الحد انتهى . أقول : وإنما جازت الزيادة على الحد هنا لأنه بامتناعه يعد صائلا ودفع الصائل لايتقيد بعدد ، وقوله ويكرر ضربه : أى ولا ضمان عليه إذا مات بسبب ذلك كما يؤخذ من إطلاقه (قوله عند الامتناع) أى من البيع (قوله فى أظهر الوجهين) ظاهره أنه لافرق فى ذلك بين دين المعاملة والإتلاف ، وفى كلام حج بعد كلام ذكره : ويجمع بحمل الأول : أى جواز الحجر على ما إذا كان الدين نحو ثمن ، إذ قضية كلامهم فى مبحث الحجر الغريب اختصاصه بذلك صونا للمعاملات عن أن تكون سببا لضياع الأموال . والثانى أى عدم جواز الحجر على ما إذا كان نحو إتلاف ، إذ قضية كلامهم هنا أنه لا حجر فى الناقص والمساوى غريبا ولا غيره انتهى (قوله وقد احترز عن هذا) أى قوله ولو كانت الديون بقدر المال (قوله ولم يسأل وليه) أى وظهر منه

(قوله من غرمائه) أى المطلقين التصرف ، وقوله أو من يخلفهم : أى وكلائهم ، أما المحجورون ومن فى معناهم فلا يتوقف الحجر لهم على طلب كما يأتى ، وما حملت عليه المتن هو الذى حمله عليه الشراح ويدل عليه التعليل

ناظر لمصلحته . ومثله مالو كانت لمسجد أو لجهة عامة كالفقراء وكالمسلمين فيمن مات وورثوه وله مال على مفلس والدين مما يحجر به كما مر ، وقد احترز عنه بقوله بسؤال الغرماء واقتضى كلامه عدم الحجر لدين الغائبين لأنه لايستوفى مالهم فى الذمم لكن قيده الأسنوى كالفارقى بما إذا كان المديون ثقة مليا ، قال : وإلا لزم الحاكم قبضه قطعا ، ومحله إذا كان الحاكم أمينا وإلا لم يجز قطعا كما يعلم مما يأتى فى الوديعة ، وكلام الأم يدل على أن الدين إذا كان به رهن يقبضه الحاكم أى بهذا التقييد المذكور (فلو طلب بعضهم) الحجر (ودينه قدر يحجر به) بأن زاد على ماله (حجر) لتوفر شروط الحجر ولا يختص أثر الحجر بالملتمس بل يعمهم (وإلا) بأن لم يزد الدين على ماله (فلا) حجر لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة إلى طلب الحجر . وهذا هو المعتمد وإن جرى ابن المقرى تبعا لما ذكره المصنف فى زيادة الروضة وقال إنه أقوى على اعتبار أن يزيد دين الجميع على ماله لا الملتمس فقط (ويحجر بطلب المفلس) ولو بوكيله (فى الأصح) لأن له غرضا ظاهرا وهو صرف ماله إلى ديونه . وروى أن

تقصير فى عدم الطلب وإلا جاز كذا نقله سم على منهج عن الشارح (قوله ومثله مالو كان) أى الدين لمسجد كأن ملك المسجد مكانا واستولى عليه المفلس : فتجمدت عليه أجرته أو نحوها (قوله وقد احترز عنه) أى عن قوله ولا يحجر بغير الخ (قوله لكن قيده الأسنوى الخ) قد يعارضه ماتقدم له فى فصل إذا لزم الرهن بعد قول المصنف ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن الخ من قوله وأفتى أيضا : يعنى السبكى فيمن رهن عبدا بدين مؤجل وغاب رب الدين فأحضر الراهن المبلغ إلى الحاكم وطلب منه قبضه ليفك الرهن بأن له ذلك وهو كما قال انتهى . وقضيته أنه لافرق بين كون المديون موسرا أولا ثقة أولا ، وقد يقال ماهنا محله حيث لم يكن للمديون غرض إلا مجرد البراءة فلا يعارض مامر ، إذ غرض الراهن فك الرهن لامجرد البراءة (قوله وإلا لزم الحاكم) أى حيث عرضه عليه اهـ حج . وقضيته أنه ليس له البحث عن ديون الغائبين ليستوفيها . وقضية تعليلهم وجوب القبض بخوف الضياع خلافه فيبحث عنه ويقبضه بقيده الآتى قال الطحاوى : كان فى الجاهلية الحر يباع فى دينه إذا لم يكن له مال واستمر ذلك إلى أن نسخ بقوله ــ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ــ وقال بعضهم : لم ينسخ وإنما هو مستمر إلى الآن لأنه ورد أن شخصا من الصحابة كان عليه ديون فرفع إلى النبى صلى الله عليه وسلم فباعه فى ديونه ، ورد بأن هذا الحديث ضعيف . وقال بعضهم : باعه أى آجره اهـ زواجر لحج (قوله أى بهذا القيد المذكور) قال حج وعن شارح جواز الحجر على غريم مفلس محجور عليه ميت من غير التماس نظرا لمصلحته أو حى التمس غرماؤه وإن لم يلتمس هو وعليه مع مافيه لاينافيه قولهم لايحلف غريم مفلس نكل وارثه ولا يدعى ابتداء لأن مايجب فيه أمر تابع وهو يغتفر فيه ما لايغتفر فى المقصود من الحلف وابتداء الدعوى ، ثم ذكر بعد قول المصنف الآتى ولا يسلم مبيعا قبل قبض ثمنه مانصه فرع : لايجوز لغريم مفلس ولا ميت الدعوى على مدينه وإن ترك المفلس والوارث الدعوى عليه كما يعلم مما يأتى فى الدعاوى ، وهو مخالف لما نقله عن الشارح السابق ، لكن مانقله عن الشارح المذكور ألحقه بقوله وعليه مع مافيه الخ وذلك يشعر بتوقفه فى ذاك . أقول : وقد يقال لامخالفة بين ماذكره فى المحلين ، فإن ماتقدم عن الشارح المذكور فرضه فى حجر القاضى من غير التماس لما فيه من المصلحة للميت وماهنا فى الدعوى من الغرماء ، ولا يلزم من امتناع الدعوى من الغرماء امتناع حجر القاضى لأن فعل القاضى يبنى على مافيه مصلحة لصاحب الدين أو المحجور عليه ، وما هنا يتوقف على ثبوت حق للغريم يسوغ بسببه الدعوى على غيره وهو منتف هنا (قوله بأن لم يزد الدين) أى دين الطالب للحجر (قوله ويحجر) أى وجوبا

(قوله وقد احترز عنه) أى عن قوله ولا يحجر بغير طلب .

الحجر على معاذ كان بطلبه، قاله الرافعى . وفى النهاية أنه كان بسؤال الغرماء. قال الزركشى: والأول أصوب اهـ. ولا مانع من موافقة سؤالهم لسؤاله ومن كون الواقعة متعددة. قال السبكى: وصورته أن يثبت الدين بدعوى الغرماء والبينة أو الإقرار أو علم القاضى وطلب المديون الحجر دون الغرماء وإلا لم يكن له طلبه، ومقابل الأصح لا يحجر لأن الحق لهم فى ذلك والحجر ينافى الحرية والرشد، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة، وأنهم لا يتمكنون من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكن منه ببيع أمواله وقسمتها على غرمائه (فإذا حجر عليه) بطلب أو دونه (تعلق حق الغرماء بماله) كالرهن عينا كان أو دينا أو منفعة حتى لا ينفذ تصرفه بما يضرهم ولا تزاحمهم فيه الديون الحادثة، وشمل كلامهم الدين المؤجل حتى لا يصح الإبراء منه وإن قال الأسنوى الظاهر خلافه. قال البلقينى: وتصح إجازته لما فعله مورثه مما يحتاج إليها بناء على أنها تنفيذ وهو الأصح نعم يستثنى من إطلاق المصنف ما لو حجر عليه فى زمن خيار البيع فإنه لا يتعلق حق الغرماء بالمعقود عليه بل يجوز له الفسخ والإجازة على خلاف المصلحة (وأشهد) الحاكم استحبابا (على حجره) أى المفلس وأشهره بالنداء (ليحذر) من معاملته فيأمر مناديا ينادى فى البلد أن الحاكم حجر على فلان بن فلان قاله العمرانى (ولو) تصرف تصرفا ماليا مفوتا فى الحياة بالإنشاء مبتدأ (كأن باع أو وهب) أو اشترى بالعين (أو أعتق) أو وقف أو أجر أو كاتب (فنى قول يوقف تصرفه) المذكور وإن أثم به (فإن فضل ذلك عن الدين) لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم (نفذ) أى بان أنه كان نافذا (وإلا) أى وإن لم يفضل (لغا) أى بان أنه كان لاغيا (والأظهر بطلانه) فى الحال لتعلق حقهم به كالمرهون ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه، واستثنى الأذرعى من منع الشراء بالعين ما لم دفع الحاكم كل يوم نفقة له ولعياله فاشترى بها قال: فإنه يصح جزما فيما يظهر، وأشار إليه بعضهم، ويستثنى من الضابط المتقدم تصرفه فى نحو ثياب بدنه على ما جزم به

(قوله والأول أصوب) أى أقرب للصواب من حيث النقل (قوله ومن كون الواقعة) أى السؤال وإلا فبعيد أنه حجر عليه مرتين فإنه لو تكرر لنقل (قوله وصورته) أى الحجر بسؤال (قوله وطلب المديون) لا حاجة لذكر هذا القيد لأن الكلام مفروض فيما لو طلب، وعليه فكان الأولى أن يقول وإلا لم يكن للحاكم الحجر (قوله وإنما حجر) من تتمة المقابل (قوله أو دونه) بأن كان المال المحجور عليه أو مسجد ولم يطلب وليه على ما مر (قوله عينا) أى ولو مغصوبة ولو مؤجلا أو على معسر (قوله أو منفعة) أى وإن قلت، نعم يقدم عليهم مستأجر بمنفعة ما تسلمه قبل الفلس اهـ حج. ثم قال بعد كلام ذكره: ويؤخذ منه أنه لا يشترط التسليم قبل الفلس فى مسئلة الإجارة بل يكفى سبق عقدها عليه (قوله وشمل كلامهم الدين) أى الدين المؤجل على غيره (قوله الإبراء منه) أى إبراء المفلس (قوله وتصح إجازته) أى المفلس (قوله مما يحتاج إليها) أى الإجازة (قوله فى زمن خيار البيع) أى بغير ثمن المبيع الذى شرط فيه الخيار لما تقدم أنه لا حجر بغير اللازم (قوله فيأمر مناديا) أى ندبا: أى وأجرة المنادى إن احتيج إليها من مال المفلس وإن لم يكن له شىء فنى بيت المال (قوله كأن باع) أى لغير غرمائه أخذا من قوله فلو باع ماله لغرمائه الخ (قوله على مراغمة) أى على مخالفة مقصود الخ وعبر عن ذلك بالمراغمة لأنه بذلك التصرف كأنه غاصب القاضى وغرماء المفلس فنى المختار المراغمة المغاضبة (قوله فاشترى بها) أى ما أمره الحاكم بشرائه بأن يشترى مما يحتاج إليه العيال، وقضية الاستثناء أنه لو صرفه فى غير ذلك لم يصح، وقياس ما سيأتى من صحة تصرفه فى نحو ثياب بدنه صحة تصرفه فى ذلك (قوله فإنه يصح) معتمد (قوله تصرفه) أى فإنه صحيح

(قوله فاشترى بها قال فإنه يصح جزما) لعل المراد فاشترى بها النفقة

بعضهم (فلو باع ماله) كله أو بعضه لغريمه بدينه كما صرح به فى المحرر أو (لغرمائه بدينهم) أو بعضه أو بعين من غير إذن الحاكم (بطل) البيع (فى الأصح) لأن الحجر يثبت على العموم ومن الجائز أن يكون له غريم آخر ، والثانى يصح لأن الأصل عدم غيرهم وبالقياس على بيع المرهون من المرتهن ، والقولان مفرعان على بطلان البيع لأجنبى السابق كما أفادته الفاء ، أما بإذن القاضى فيصح ، ولو باعه لأجنبى بإذن الغرماء لم يصح وخرج بالتصرف المالى التصرف فى الذمة كما قال (فلو) تصرف فى ذمته كأن (باع سلما) طعاما أو غيره (أو اشترى) شيئا بثمن (فى الذمة) أو باع فيها لا بلفظ السلم أو اقترض أو استأجر (فالصحيح صحته ويثبت) المبيع والثمن ونحوهما (فى ذمته) إذ لا ضرر على الغرماء فيه . والثانى لا يصح كالسفيه (ويصح نكاحه) ورجعته (وطلاقه وخلعه) زوجته (واقتصاصه) أى استيفاؤه القصاص وإذا طلبه أجيب كما فى المحرر (وإسقاطه) أى القصاص ولو مجانا وهو من إضافة المصدر إلى مفعوله إذ لا يتعلق بهذه الأشياء مال ، ولا يصح استلحاقه النسب ونفيه باللعان ، أما استيلاده فالمعتمد عدم نفوذه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى خلافا للغزالى فى الخلاصة ومن تبعه لأن حجر الفلس امتاز عن حجر المرض بكونه يتصرف فى مرض موته فى ثلث ماله وعن حجر السفه بكونه لحق الغير ، وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية إذ لا ينفذان إلا من ثلث المال الفاضل بعد الدين ومؤن التجهيز فما اقتضاه كلامهما فى باب التدبير من عدم صحتها ضعيف ولو بمن يعتق عليه ، ولا يرد على المصنف خلافا لمن ادعاه

(قوله أن يكون له غريم آخر) أى ولا يلزم من ندائه عليه وقت الحجر بلوغ ذلك لجميع أرباب الديون لجواز غيبة بعضهم وقت النداء أو مرضه فلم يعلم الحال (قوله والقولان) المناسب لتعبير المصنف بالأصح أن يقول والوجهان الخ (قوله أما بإذن القاضى) محترز قوله من غير إذن الحاكم (قوله المالى) أراد بالمالى التصرف فى العين وإلا فما فى الذمة من المال (قوله أو باع فيها) أى عينا (قوله ويصح نكاحه) أى لكن إن كان المهر معينا فسدت التسمية ووجب مهر المثل (قوله وخلعه زوجته) خرج به ما لو اختلع امرأة أجنبية بعوض من ماله فإنه لا يصح للحجر عليه فيه (قوله استيفاؤه القصاص) فيه إشارة إلى أن مراد المصنف بالقصاص ما يشمل استيفاؤه بنفسه من غير إذن فيه وطلب من الحاكم (قوله ولو مجانا) وإنما لم يمتنع العفو مجانا لعدم التفويت على الغرماء إذ لم يجب لهم شىء ، وقياس ما يأتى من وجوب الكسب على من عصى بالدين أنه إذا عفى هنا عن القصاص وجب أن يكون على مال لأنه كالكسب الواجب عليه ، لكن لو عفى مجانا احتمل الصحة مع الإثم كما اقتضاه إطلاقهم (قوله إلى مفعوله) إن قلت : لم اقتصر الشارح عليه مع جواز كونه من إضافة المصدر إلى فاعله ؟ قلت : لأن حذف المفعول اللازم على هذا التقدير يوهم التعميم المقتضى لجواز إسقاطه الدين وهو فاسد (قوله عدم نفوذه) أى ومع ذلك يحرم الوطء عليه خوفا من الحبل المؤدى إلى الهلاك ، وظاهر أن محله حيث لم يخف العنت وأن الولد حر نسيب (قوله ومن تبعه) منهم حج (قوله امتاز عن حجر) فى نسخة أقوى من الخ (قوله وخرج بقيد الحياة) أى المذكور فى قول الشارح السابق مفوتا فى الحياة (قوله ولو لمن يعتق) متعلق بقول المصنف فالصحيح صحته (قوله ويعتق عليه) مثل ذلك بالأولى ما لو وهب له لأنه بقبول الهبة صار فى ملكه وقد تعلق به حقان حق الله وحق

(قوله من إضافة المصدر إلى مفعوله) أى لأنه لو جعل مضافا إلى فاعله لزم عموم الشىء الذى يسقطه وهو لا يصح (قوله ولو بمن يعتق عليه) هنا سقط من النسخ ، وعبارة شرح الروض : أما لو وهب له أبواه أو ابنه أو أوصى له به فقبل وقبض الموهوب وهو محجور عليه بالفلس فإنه يعتق وليس للغرماء تعلق به ، وكذا نصه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

لزوال ملكه عنه قهرا وليس للغرماء تعلق به ، وكذا نصه فى الأم فيما لو أصدقت المحجورة أباها أو أوصى لها به أو ورثته وخرج بقيد الإنشاء الإقرار كما قال (ولو أقرّ بعين) مطلقا (أو دين وجب) ذلك الدين أو نحو كتابة سبقت (قبل الحجر) بنحو معاملة أو إتلاف (فالأظهر قبوله فى حق الغرماء) كما لو ثبت بالبينة وكإقرار المريض بدين يزحم غرماء الصحة ولانتفاء التهمة الظاهرة . وعلى هذا لو طلب الغرماء تحليفه على ذلك لم يحلف على الأصح إذ لايقبل رجوعه عنه ، والفرق بين الإنشاء والإقرار أن مقصود الحجر منع التصرف فألغى إنشاؤه والإقرار إخبار والحجر لايسلب العبارة عنه ويثبت عليه الدين بنكوله عن الحلف مع حلف المدعى كإقراره . والثانى لايقبل إقراره فى حقهم لئلا يضرهم بالمزاحمة ولأنه ربما واطأ المقر له . وعبر بوجب دون لزم ليدخل ما وجب ، ولكن تأخر لزومه لما بعد الحجر كالثمن فى البيع المشروط فيه الخيار فتعبيره حينئذ أولى من تعبير أصله وقوله وجب قبل الحجر صفة للدين فقط (وإن أسند وجوبه إلى مابعد الحجر) إسنادا معللا (بمعاملة أو) اسنادا (مطلقا) بأن لم يقيده بمعاملة ولاغيرها (لم يقبل فى حقهم) فلا يزاحمهم بل يطالب بعد فك الحجر لتقصير من عامله فى الأولى ولتنزيل الإقرار على أقل المراتب وهو دين المعاملة فى الثانية ، فلو لم يسند وجوبه إلى ماقبل الحجر ولا لما بعده قال الرافعى : فقياس المذهب تنزيله على الأقل وهو جعله كإسناده إلى مابعد الحجر ، فإن كان ما أطلقه دين معاملة لم يقبل لاحتمال تأخر لزومه أو دين جناية قبل لأن أقل مراتبه أن يكون كما لو صرح به بعد الحجر ، فإن لم يعلم أهو دين جناية أم معاملة لم يقبل لاحتمال تأخره ، وكونه دين معاملة قال فى الروضة والتنزيل ظاهر إن تعذرت مراجعة المقرّ وإلافينبغى أن يراجع فإنه يقبل إقراره . قال السبكى : وهذا صحيح لاشك فيه ، ويحمل كلام الرافعى على ما إذا لم تتفق المراجعة اهـ . ويظهر مجىء مثل ذلك فى الصورة الثانية فى المتن ، ولو أقرّ بدين وجب بعد الحجر واعترف بقدرته على وفائه قبل وبطل ثبوت إعساره كما أفتى به ابن الصلاح لأن قدرته على وفائه شرعا تستلزم قدرته على وفاء بقية الديون وهو ظاهر

الغرماء فقدم الأول لتقدمه على الثانى (قوله فلو أصدقت المحجورة) أى بالفلس كما هو الفرض (قوله أو ورثته) أى فيعتق عليها (قوله وجب) أى ثبت (قوله فالأظهر قبوله) أى من غير يمين لأنه لو رجع عن الإقرار لم يقبل منه . نعم ينبغى أن لأرباب الديون تحليف المقرّ له إن المقرّ صادق فى إقراره ، ثم رأيت ما يأتى بالأصل والحاشية (قوله لم يحلف فى الأصح) عبارة سم على منهج : وليس لهم أيضا تحليف المقرّ له خلافا لما نقله فى شرح الروض عن مقتضى كلام ابن الصباغ وغيره ، ثم رأيت فى حج مانصه : بخلاف المقر له فيجابون لتحليفه وإن لم يكن المقر محجورا عليه اهـ . وهو الأقرب ، وسيأتى قبيل فصل من باع الخ مايوافق كلام سم حيث قال : ولو وجد مال بيد معسر فأقرّ به لحاضر رشيد وصدقه أخذه منه كما علم مما مر ، ولا يحلف : أى المقر له أنه لم يواطئه ؛ فإن كذبه بطل إقرره وأخذه الغرماء اهـ (قوله إسناد معللا) فى نسخة مقيدا وهى المناسبة لقوله بعد مطلقا اهـ (قوله على ماإذا لم تتفق) أى بأن عسرت (قوله وهوظاهر) قد يتوقف فيما ذكر ، فإن قدرته على ذلك شرعا إنما تكون بعد توفية جميع الديون ، إذ الدين الحادث بعد الحجر لايزاحم مستحقه الغرماء ، فالوجه أنه لافرق بين المساوى للمقرّ به وغيره ، ثم رأيت فى حج مانصه : فإن قلت قوله لم يقبل ينافيه إفتاء ابن الصلاح بأنه لو أقر بدين وجب بعد الحجر واعترف بقدرته على وفائه قبل وبطل ثبوت إعساره . قلت : يتعين حمل قوله قبل على أنه بالنسبة لحق

فى الأم إلى آخر ما يأتى (قوله لاحتمال تأخر لزومه) يعنى وجوبه كما علم مما قدمه

فى القدر المساوى لذلك المقرّ به فما دونه (وإن قال عن جناية) ولو بعد الحجر (قبل فى الأصح) فيزاحمهم المجنى عليه لانتفاء تقصيره والثانى لا كما لو قال عن معاملة . وحاصله أن مالزمه بعد الحجر إن كان برضا مستحقه لم يقبل فى حقهم وإلا قبل وزاحم الغرماء ، ولا ينافى عدم القبول مامر عن ابن الصلاح من أنه لو أقرّ بدين وجب بعد الحجر واعترف بقدرته على وفائه قبل ، وبطل ثبوت إعساره لتعين حمل قوله قبل على أنه بالنسبة لحق المقرّ لا لحق الغرماء (وله أن يرد بالعيب) أوالإقالة (ما كان اشتراه) قبل الحجر (إن كانت الغبطة فى الرد) لأنه ليس تصرفا مبتدأ بل من أحكام البيع السابق والحجر لاينعطف على مامضى ولأنه أحظ له والغرماء وفارق بيعه بها بما مر فى التعليل ، وقضية كلامهم جواز رده حينئذ دون لزومه ، وهو كذلك كما صرح به القاضى والدارمى إذ ليس فيه تفويت لحاصل وإنما هو امتناع من الاكتساب وإنما لزم الولى الرد لأنه يلزمه رعاية الأحظ لموليه ، ولا يشكل عليه ما لو اشترى شيئا فى صحته ثم مرض واطلع فيه على عيب والغبطة فى رده فلم يرد بأن مانقصه العيب تفويت محسوب من الثلث لأن حجر المرض أقوى ولأن الضرر اللاحق للغرماء بترك الرد قد

المقر لا لحق الغرماء ، ويترتب على ذلك قوله عقبه وبطل ثبوت إعساره لأن قدرته على وفائه شرعا تستلزم قدرته على بقية وفاء الديون اه . وكتب عليه سم قوله لأن قدرته على الخ فيه نظر لأن عبارة المقرّ ليس فيها تقييد القدرة بالشرعية ، ويجوز أن يريد القدرة الحية ، فالوجه أن بطلان ثبوت إعساره إنما هو بالنسبة لذلك القدر الذى اعترف بالقدرة عليه فليتأمل اه . أقول : وبه يندفع التوقف المذكور ويعلم أن التعبير بالشرعية من كلام ابن الصلاح لا من كلام المقر ، وعليه فلو قال المقر أنا قادر شرعا اتجه أنه يبطل إعساره بالنسبة لجميع الديون لتصريحه بما ينافى حمل القدرة فى كلامه على الحسية (قوله فى القدر المساوى) أى فيؤخذ منه ويقسم بين غرمائه الذين تعلقت ديونهم بسبب الحجر دون المقرّ له فإنه إنما يؤاخذ فيما يتعلق بحقه لا بحق الغرماء (قوله لحق الغرماء) أى فيطالب بقدر ما أقر به (قوله لا لحق الغرماء) أى فلا يفوت عليهم شىء (قوله وله أن يرد بالعيب) فإن حدث عيب آخر امتنع الرد ووجب الأرش ولم يملك إسقاطه روض اه سم على حج . ثم رأيته فى قوله الآتى ولو منع الخ (قوله قبل الحجر) أى أو بعده كما يأتى (قوله تصرفا مبتدأ) وقد قيد فيما مر امتناع التصرف بالمبتدإ ، وعليه فكان الأوفق بما قدمه أن يقول وخرج بمبتدإ ماذكره بقوله وله أن يرد الخ (قوله بما مر فى التعليل) وهو قوله لأنه ليس تصرفا الخ (قوله من الاكتساب) قضيته أنه لو عصى بالاستدانة كلف رده إن كان فيه غبطة لأنه يكلف الكسب حينئذ ، وعليه فلو لم يرد بعد اطلاعه على العيب فهل يسقط خياره لكون الرد فوريا أولا لتعلق الحقّ بغيره ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الأول لأن الحاصل منه عدم الكسب فيعصى به ويسقط الخيار (قوله ولا يشكل عليه) أى عدم الوجوب (قوله بأن مانقصه) متعلق بيشكل (قوله لأن حجر المرض الخ) أى فأثر فيما نقصه العيب وجعل مايقابله من الثلث فألحق بالتبرعات المحضة (قوله أقوى) قد يشكل على هذا ما علل به عدم نفوذ استيلاده المتقدم بأن حجر

(قوله فى القدر المساوى الخ) يعنى فيما إذا كان المقرّ به مساويا للدين الذى حجر به أو أكثر منه لعدم صحة الحجر أيضا (قوله بالنسبة لحق المقرّ لا لحق الغرماء) معناه كما ظهر لى ، ثم رأيت سم سبق إليه أنا نعامله معاملة الموسرين فنطالبه بوفاء بقية الديون ونحبسه عليها ، ومعنى عدم قبوله فى حق الغرماء أنه لايصح تصرفه فيما هو محبوس لهم من أموالهم ولا يزاحم المقر له ، وإلا فظاهر الحمل لايتأتى مع قول ابن الصلاح نفسه وبطل ثبوت إعساره (قوله بأن مانقصه العيب تفويت الخ) الباء فى بأن سببية : أى ولا يشكل على ماذكر مالو

يجبر بالكسب بعد بخلاف الضرر اللاحق للورثة بذلك ، والاستدلال على كون حجر المرض أقوى بأن إذن الورثة لايفيد شيئا وإذن الغرماء يفيد صحة تصرف المفلس برده ماتقرر من بطلان تصرفه ولو بإذنهم إلاأن يحمل على ما إذا انضم إلى إذنهم إذن الحاكم ،وخرج بما ذكره مالوكانت الغبطة فى الإبقاء لما فيه من تفويت المال من غير غرض أولم تكن غبطة لا فى الرد ولا فى الإبقاء ، ولو منع من الرد عيب حادث لزم الأرش ولا يملك المفلس إسقاطه ، وكلامهم شامل لرد ما اشتراه قبل الحجر وما اشتراه أو باعه فى الذمة بعده وهو ظاهر ، وما وقع فى الكتاب من ذكر الأول فقط مجرد تصوير (والأصح تعدى الحجر) بنفسه (إلى ماحدث بعده بالاصطياد) والهبة (والوصية والشراء) فى الذمة (إن صححناه) أى الشراء وهو الراجح لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها وذلك لايختص بالموجود ، والثانى لايتعدى إلى ماذكر كما أن حجر الراهن على نفسه فى العين المرهونة لايتعدى إلى غيرها ، ومقتضى إطلاقه تبعا لغيره أنه لافرق على الأول بين أن يزيد ماله مع الحادث على الديون أم لا ، وهو كذلك لأنه يغتفر فى الدوام مالا يغتفر فى الابتداء وإن نظر فيه الأسنوى (و) الأصح (أنه ليس لبائعه) أى المفلس فى الذمة (أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال) لتقصيره (وإن جهل فله ذلك) لانتفاء تقصيره لأن الإفلاس كالعيب ففرق فيه بين العلم والجهل ، والثانى له ذلك لتعذر الوصول إلى الثمن ، والثالث ليس له ذلك مطلقا وهو مقصر فى الجهل بترك البحث (و) الأصح(أنه إذا لم يمكن التعلق بها) أى بعين متاعه لعلمه (لايزاحم الغرماء بالثمن) لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه فلا يزاحم الغرماء الأولين بل إن فضل شئ عن دينهم أخذه وإلا انتظر اليسار والثانى يزاحم به لأنه فى مقابلة ملك جديد زاد به المال والخلاف جار فى كل دين حدث بعد الحجر برضا مستحقه

الناس أقوى من حجر المرض بدليل أنه يتصرف فى مرض الموت فى ثلث ماله الخ إلا أن يفرق (قوله لايفيد) قبل الموت (قوله من بطلان تصرفه) أى المفلس (قوله ولا فى الإبقاء) أى فليس له الرد وبقى مالو جهل الحال وفيه نظر ، والأقرب عدم الرد ، وعليه فلو ظهر له بعد ذلك الأمر هل له الرد ويعذر فى التأخير أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول (قوله إسقاطه) أى الأرش (قوله وكلامهم) أى بقطع النظر عما قيد به كلام المصنف من قوله قبل الحجر ثم رأيت قوله قبل الحجر ثم رأيت قوله وما وقع الخ (قوله فى الكتاب) أى المتن (قوله بنفسه) أى فلا يتوقف ذلك على حكم القاضى بتعدى الحجر إليه (قوله فى الذمة) ومثله ثمن ثياب بدنه إذا باعها أو النفقة التى عينها له القاضى إذا لم تصرف فى مؤنته (قوله بين العلم والجهل) لو اختلفا فى العلم وعدمه هل يصدق مدعى الأول أومدعى الثانى ؟ فيه نظر والأقرب تصديق مدعى الجهل لأن الأصل عدم العلم ، ولأن الظاهر من حال المعامل للمفلس أنه لا يعامله مع العلم لأنه قد يجر إلى تفويت ماله (قوله لعلمه) أى أو بإجازته كما يأتى (قوله برضامستحقه)

اشترى شيئا الخ بسبب أن مانقصه العيب الخ فقوله بأن الخ سبب الإشكال ، وعبارة ابن حجر ، وإنما عد إمساك مريض ما اشتراه فى صحته والغبطة فى رده تفويتا حتى يحسب النقص من الثلث لأنه لاجابر فيه إلى آخر ماذكره (قوله يرده ماتقرر الخ) ولك أن تنازع فى الشق الأول أيضا بأن عدم إفادة إذن الورثة فى حياة المورث ليس لقوة حجر المرض بل لعدم تسلطهم على شىء إذ ذاك لأنه إنما ينتقل إليهم بعد الموت ، ألا ترى أن إجازتهم فى الصحة كذلك فعلمنا أن عدم الإفادة ليس من حيث حجر المرض (قوله وما وقع فى الكتاب) أى حيث قال ماكان اشتراه ، وعبارة الأذرعى وقوله ماكان اشتراه قد يشعر بأنه لايرد ما اشتراه فى حالة الحجر بثمن فى الذمة انتهت . وكان ينبغى للشارح التعبير بمثله إذ عبارة الكتاب ليست نصا فيما ذكر حتى يقال وما وقع فى الكتاب (قوله لعلمه) أى أو إجازته بعد جهله كما يعلم مما يأتى ، فكان على الشارح ذكر هذا هنا ليناسب ما سيأتى فى كلامه

بمعاوضة . أما الإتلاف وأرش الجناية فيزاحم في الأصل لأنه لم يقصر فلا يكلف الانتظار ، وكلامه شامل لما إذا كان عالما بالحال أو جاهلا وأجاز وهو كذلك ، فقد قال القمولى فى جواهره : فإن قلنا لاخيار له أو له الخيار فلم يفسخ فنى مضاربته بالثمن وجهان أصحهما لا اه . وعبارة العباب : ولبائعه الخيار إن جهل ، فإن علم أو أجاز لم يزاحم الغرماء بالثمن لحدوثه برضاه اه . فثبت أنه لايضارب بحال بل يرجع فى العين إن جهل، ووقع فى شرح المنهج مايخالف ذلك فاحذره ، ولو حدث دين تقدم سببه على الحجر كانهدام ما أجره المفلس وقبض أجرته وأتلفها ضارب به مستحقه سواء حدث قبل القسمة أم لا ويمكن بميم بعد الياء فى أكثر النسخ ونسب لنسخة المصنف ووقع فى بعضها يكن . قال الولىّ العراقى : وفى كل منهما نقص : يعنى أن وجه النقص فى يكن لفظة له وفى يمكن لفظة الهاء : أى يمكنه ، وعبارة المحرر : إذا لم يكن له ، قال السبكى : فحذف له اقتصارا أو التبس على بعض النساخ فكتب إذا لم يمكن اه . وقال الأذرعى : معنى يمكن صحيح هنا ، ولعل نسخة المصنف بخطه يكن فغيرها ابن جعوان أو غيره بيمكن لأنها أجود بمفردها على أنه لاحاجة لدعوى النقص كما هو ظاهر .

فصل

فيما يفعل فى مال المحجور عليه بالفلس من بيع وقسمة وغيرهما

(يبادر القاضى) أو نائبه ندبا ومراده قاضى بلد المفلس إذ الولاية على ماله ولو بغير بلده له تبعا للمفلس (بعد الحجر) أو الامتناع من الأداء (ببيع ماله) بقدر الحاجة (وقسمه) أى قسم ثمنه (بين الغرماء)

أى ولم يتقدم سببه لما يأتى فى قوله ولو حدث دين الخ (قوله وأرش الجناية) أى ولو بعد الحجر كما تقدم (قوله فإن علم أو أجاز) أى بعد العقد والعلم بإفلاس المشترى (قوله لاحاجة لدعوى النقص) أى فى يمكن لتنزيله منزلة اللازم وكذا فى يكن لجعلها تامة بمعنى يوجد .

(فصل) فيما يفعل فى مال المحجور عليه

(قوله وغيرهما) أى وما يتبع ذلك ككيفية أداء الشهادة عليه (قوله يبادر القاضى) خرج به المحكم فليس له البيع وإن قلنا له الحجر على ماقاله حج فى شرح العباب . وإن كان عموم قول الشارح فيما سبق حجر القاضى دون غيره خلافه لأن الحجر يستدعى قسمة المال على جميع الغرماء ، فمن الجائز أن ثم غير غرمائه الموجودين ونظر المحكم قاصر على معرفتهم (قوله أو نائبه) أى مالم تدع الضرورة ولو من بعضهم للبيع وإلا فتجب المبادرة كما يؤخذ بالأولى من وجوب القسمة إذا طلبها الغرماء (قوله أو الامتناع) فيه تجوز لأن الممتنع ليس من المفلس الذى

من شمول المتن له (قوله وكلامه شامل الخ) أى قوله وإنه إذا لم يمكن الخ : أى مع قطع النظر عما قبله فى المتن (قوله ووقع فى شرح المنهج) الصواب إسقاط لفظ شرح فإنه فى نفس المتن ، وعبارته : ولبائع جهل أن يزاحم . انتهت . ثم إن فى تعبيره بوقع إشعارا بأن ذلك وقع فى المنهج لا ذهولا أو نحوه ، وليس كذلك بل هو أحد وجهين اختاره الشهاب حج وغيره فكان الأصوب خلاف هذا التعبير (قوله وفى كل منهما نقص) هو مبنى على أن يكن على نسختها ناقصة . أما إذا جعلت تامة بمعنى يوجد فلا نقص .

(فصل) فيما يفعل فى مال المحجور عليه

(قوله أو الامتناع من الأداء) أى حيث رأى القاضى المصلحة فى البيع على ماسيأتى فيه وكان الأولى عدم

على حسب ديونهم لئلا يطول زمن الحجر عليه ومبادرة لبراءة ذمته وإيصال الحق لمستحقه ولا يفرط فى الاستعجال كى لا يطمع فيه بثمن بخس (ويقدم) حتما (ما يخاف فساده) ويقدم عليه مايسرع له الفساد ولو لم يكن مرهونا لئلا يضيع ثم المرهون والجانى لتعجيل حق مستحقها وما نظر به فى المطلب بأن الرهن إذا فات لم يبطل حق المرتهن بخلاف الجانى فينبغى أن يقدم بيعه لذلك أجاب عنه الوالد رحمه الله بأن بيع المرهون إنما قدم لما فيه من المبادرة إلى براءة ذمة المديون (ثم الحيوان) لاحتياجه للنفقة وتعرضه للتلف واستثنى منه المدبر فقد نص فى الأم على أنه لا يباع حتى يتعذر الأداء من غيره، وهو صريح كما قاله الزركشى فى تأخيره عن الكل صيانة للتدبير عن الإبطال (ثم المنقول) لما يخشى عليه من الضياع من نحو سرقة ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه، قاله الماوردى (ثم العقار) بفتح العين أفصح من ضمها ويقدم البناء على الأرض، قاله الماوردى أيضا. وعلم مما مر أن الترتيب مستحب وبه صرح فى الأنوار. قال الأذرعى: والظاهر أن الترتيب فى غير مايسرع فساده وغير الحيوان مستحب: أى أما مايخشى فساده أو نهبه أو استيلاء نحو ظالم عليه فلا شك فى وجوب المبادرة لبيعه. ولهذا قد تقتضى المصلحة تقديم العقار ونحوه على غيره عند الخوف ممن مر فالأحسن تفويض الأمر فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم ويحمل كلامهم على الغالب وعليه بذل الوسع فيما يراه الأصلح (وليبع) ندبا (بحضرة المفلس) بتثليث الحاء والفتح أفصح أو وكيله (وغرمائه) أو وكيلهم لأن ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب وليخبر المفلس بما فى ماله من عيب ليأمن الرد، أو صفة مطلوبة لتكثر فيه الرغبة، ولأن الغرماء قد يزيدون فى السلعة، وما ثبت للمفلس

الكلام فيه (قوله على حسب ديونهم) أو بتمليكه لهم كذلك إن رآه مصلحة اهـ حج، وكيفية التمليك أن يبيع كل واحد جزءا معينا من مال المفلس نسبته إلى كله كنسبة دين المشترى إلى جملة ديون المفلس، أو يبيع جملة مال المفلس بجملة ديون جميع الغرماء إن استوت الديون فى الصفة، وإلا بطل لأنه يصير كما لو باع عبيد جمع بثمن واحد وهو باطل، وفى ع فيما تقدم مايقتضى ذلك (قوله ولا يفرط فى الاستعجال) أى لا يبالغ فى الاستعجال: أى لا يجوز له ذلك (قوله والجانى) الواو فيه بمعنى ثم كما يفهم من الجواب عن إيراد كلام المطلب، وفى بعض الهوامش عن ابن حجر تقديم الجانى على المرهون وهو موافق لما نظر به فى المطلب الآتى (قوله واستثنى منه المدبر) وينبغى أن مثله المعلق عتقه بصفة يعلم وقت مجيئها فينبغى تأخيره إلى أن يخاف وجود الصفة المقتضية لإعتاقه (قوله لا يباع حتى يتعذر) لا يقال: شرط الحجر زيادة الدين على المال فلا فائدة للتأخير. لأنا نقول: قد تزيد قيمة المال أو يبرئ بعض الغرماء أو يحدث له مال بكسب أو موت قريب (قوله من غيره) ومنه العقار الآتى (قوله صيانة للتدبير) معتمد (قوله وعلم مما مر) فى علمه مما سبق نظر بل قد يقال إنما علم وجوبه من قوله حتما (قوله مستحب) أى فى غير مايخاف فساده فلا ينافى ما قاله الأذرعى (قوله ويحمل كلامهم) أى فى الترتيب المذكور فى كلام المصنف (قوله بذل الوسع) أى الطاقة (قوله وليخبر) أى ولأجل أن يخبر (قوله وما ثبت للمفلس الخ) علم من قوله أولا أو الامتناع، ولعله ذكره هنا توطئة لقوله ولكن يفارق الخ، لكن بقى أن قوله بمحل ولايته يقتضى أنه لا يبيعه إذا كان فى غير محل ولايته بل يكتب لقاضى بلد المال ليبيعه، وقضية قوله السابق ولو بغير بلده له خلافه لتسويته بين المفلس والممتنع فليتأمل، إلا أن يحمل ما سبق على أن المراد أن قاضى بلد المفلس له الولاية

ذكره هنا (قوله بأن بيع المرهون إنما قدم لما فيه من المبادرة الخ) قد ينازع فى هذا الجواب بأنه يقتضى أن غيره كذلك إذ فى الكل المبادرة إلى براءة ذمة المديون (قوله وعلم مما مر) فى علم ذلك مما مر نظر لا يخفى

من بيع ماله كما ذكر رعاية لحق الغريم يأتى نظيره فى ممتنع عن أداء حق وجب عليه بأن أيسر وطالبه به صاحبه وامتنع من أدائه فيأمره الحاكم به ، فإن امتنع وله مال ظاهر وهو من جنس الدين وفى منه أو من غيره باع عليه ماله إن كان بمحل ولايته ، ولكن يفارق الممتنع المفلس فى أنه لايتعين على القاضى بيع ماله كالمفلس بل له بيعه كما تقرر ، وإكراه الممتنع مع تعزيره بحبس أو غيره على بيع ما يفى بالدين من ماله لا على بيع جميعه مطلقا ، وبحث السبكى أن محل تخييره بين البيع والإكراه إذا طلب رب الدين حقه بغير تعيين ، فلو عين طريقا لم يجز للحاكم فعل غيرها لأنه إنما يفعل بسؤاله ، واستدل له بكلام القفال ، وفيه نظر ، ومن ثم قال ولده فى التوشيح : قد يقال ليس للمدعى حق فى إحدى الخصال حتى تتعين بتعيينه ، وإنما حقه فى خلاص حقه فليعتمده القاضى بما شاء من الطرق اهـ . وهذا هو الوجه . وبيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم أولى ليقع الإشهاد عليه ولا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه ، بخلاف ما لو باع الحاكم أو نائبه لابد أن يثبت أنه ملكه على ما قاله ابن الرفعة تبعا للماوردى والقاضى ؛ وبيع الحاكم حكم بأنه له : أى بناء على أن تصرفه حكم وسيأتى فى الفرائض ما فيه ، ورجح السبكى تبعا لما اقتضاه كلام جماعة الاكتفاء باليد ونقله عن العبادى ، وذكر الأذرعى أن ابن الصلاح أفتى بما يوافقه ، والإجماع الفعلى عليه وهو المعتمد وليبع ندبا (كل شىء فى سوقه) لأن الرغبة فيه أكثر والتهمة فيه أبعد . نعم إن تعلق بالسوق غرض معتبر للمفلس وجب ولو كان فى النقل إليه مؤنة كبيرة ورأى استدعاء أهله أو ظن الزيادة فى غير سوقه فعل : أى وجوبا

على ماله وإن كان ببلد آخر والطريق فى بيعه بأن يرسل إلى قاضى بلد المال ليبيعه وكأنه نائب عن قاضى بلد المفلس (قوله فى ممتنع) أى ولو مرة واحدة (قوله إن كان) أى المال (قوله أنه لايتعين) انظر ما معنى التعيين مع ما يأتى من أن الأولى بيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم ، اللهم إلا أن يقال : الفرق أنه ليس له إكراه المفلس مع ما ذكر من التعزير إذا امتنع من البيع بخلاف الممتنع (قوله فليعتمده) أى يقصده (قوله بما شاء) أى من مباشرته البيع وإكراه الممتنع على البيع (قوله وبيع المالك) شامل للمفلس والممتنع (قوله ولا يحتاج) عطف على قوله ليقع الإشهاد (قوله لابد أن يثبت أنه ملكه) على هذا هل يتوقف سماعه على دعوى أم لا اهـ ع . أقول : الأقرب الثانى لأن المدار على ما يفيد الظن للقاضى غير مستند فيه إلى إخبار المالك ، وفى ع أيضا : لابد من ثبوت الملك فى بيع القاضى خلافا للسبكى وغيره . قلت : فهذه بينة واضع اليد تسمع قبل بينة الخارج ليوافق ما عليه العمل خلاف ما ذكره فى القضاء اهـ . أقول : ويمكن أن يقال لاتخالف بينهما لأن ما فى القضاء مصور بتعارض البينتين بخلاف ما هنا (قوله وبيع الحاكم) مقول قول ابن الرفعة وكان الأولى أن يقول من أن بيع الحاكم الخ فإنه بيان لما فى قوله على ما قاله ابن الرفعة (قوله الاكتفاء باليد) ظاهره وإن لم ينضم إليها تصرف أو نحوه ، لكن قال ابن حجر : الاكتفاء باليد محمول على ما إذا انضم إليها تصرف طالت مدته وخلا عن منازع ، والأقرب ظاهر إطلاق الشارح لأن الحجر عليه وظهوره مع عدم المنازعة فى شىء مما بيده مشعر بأن ما فى يده ملكه (قوله غرض معتبر للمفلس وجب) أى كرواج النقد الذى يباع به فيه (قوله ورأى استدعاء) أى طلب أهله (قوله وجوبا) كما فى المحرر ، وأفتى

(قوله ما يفى بالدين من ماله) أى من جميعه أو بعضه بحسب الدين فمن فى قوله من ماله ابتدائية (قوله لا على بيع جميعه مطلقا) أى سواء زاد على الدين أم لا (قوله فليعتمده) أى خلاص حقه (قوله وبيع المالك) يعنى المفلس كما هو فى كلام بعضهم وإلا فالممتنع لايتوقف بيعه على إذن (قوله وبيع الحاكم حكم) أى فلابد من تقدم ثبوت الملكية ، وهذا من تتمة كلام ابن الرفعة تأييدا لما قاله خلافا لما يوهمه سياق الشارح

كما هو ظاهر وإنما يبيع (بثمن مثله) فأكثر (حالا من نقد البلد) وجوبا كما فى المحرر لأن التصرف لغيره فوجب فيه رعاية المصلحة وهي فيما ذكر فلا يبيع بمؤجل وإن حل قبل القسمة ولا بغير نقد البلد مالم يرض المفلس والغرماء بغيره فيجوز ، قاله المتولى ، وهو المعتمد وإن توقف فيه السبكى لاحتمال ظهور غريم آخر يطلب دينه فى الحال إذ الأصل عدمه ، ولو رأى الحاكم المصلحة فى البيع بمثل حقوقهم جاز ، ولو باع بثمن مثله ثم ظهر راغب بزيادة فقياس ماذكروه فى عدل الرهن وجوب القبول فى المجلس وفسخ البيع ، وحكاه الرويانى عن النص ، وقد ذكروا فى عدل الرهن والوكالة أنه إذا لم يفسخ انفسخ بنفسه فيأتى ذلك هنا ، ولو تعذر من يشترى مال المفلس بثمن مثله من نقد البلد وجب الصبر بلا خلاف ، قاله المصنف فى فتاويه . وقال ابن أبى الدم : يباع المرهون بما دفع فيه بعد النداء والإشهار وإن شهد عدلان

السبكى بجواز بيع مال اليتيم لنفقته بنهاية مادفع فيه وإن رخص لضرورة ، ثم رأيت شيخنا اعتمد ما ذكرته من استوائهما فقال بعد أن نقل عن الغزى اعتماد الفرق : والأوجه أن غير الرهن كالرهن كما جرى عليه السبكى فيه وفى بيع مال اليتيم المحتاج بما ذكر : أى بما ينتهى إليه ثمنه فى النداء وإن كان دون ثمن مثله دفعا للضرر فى الجميع اه حج . أقول : وقد يقال وفيه وقفة : بل يجب على القاضى الاقتراض أو الارتهان إلا أن يقال هو مصور بما إذا تعذر عليه ذلك أخذا من قوله للضرر ، أو أنه يقال حيث انتهت الرغبات فيه بقدر كان ثمن مثله ، والرخص لاينافيه لأن الثمن قد يكون عاليا وقد يكون رخيصا (قوله فلا بيع بمؤجل) أى لما يلزم له فيه من وجوب تسليم المبيع قبل قبض ثمنه ، ولا يخفى مافيه من الغرر (قوله فيجوز) انظر هل كالمؤجل وغير نقد البلد دون ثمن المثل فيجوز إذا رضوا فيه احتمال ، ثم رأيت م ر سئل عن ذلك فمال إلى المنع ، وفرق بينه وبين المؤجل ونقد البلد بأنه لم يفت فيهما إلا صفة والفائت هنا جزء فيحتاط فيه لاحتمال ظهور غريم ثم مالا يحتاط فيهما إذ لا كبير ضرر على الغريم لو ظهر فيهما بخلافه فى ذلك فليتأمل اه سم على منهج . وعبارة شيخنا الزيادى قوله نعم الخ ، وكذا لو رضوا بدون ثمن المثل مع القاضى قياسا على ماقبله اه . والأقرب الأول ، وقد يفرق بين البيع بدون ثمن المثل وبينه بالمؤجل بأن النقص خسران لا مصلحة فيه ، والقاضى إنما يتصرف بها ، وفى سم على حج مايوافقه اعتراضا على قول حج إن مثل المؤجل البيع بغبن فاحش اه . وعليه فلو تبين له غريم فهل يثبت بطلان البيع أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول (قوله إذ الأصل عدمه) قال حج : قيل ولو قلنا بما قاله المتولى لايجوز للحاكم أن يوافقهم على ذلك أخذا مما يأتى فى فرض مهر المثل للمفوضة اه رحمه الله . أقول : لعل صورة المسئلة أن القاضى أذن لهم أولا إذنا مطلقا فى البيع من غير تعيين ثم باعوا لأنفسهم من غير مراجعته ثانيا ، وعليه فلا يقال إن صدر البيع بلا إذن من القاضى فباطل وإن كان بإذن منه فقد وافقهم ، ثم رأيت فى سم على حج مايؤخذ منه تصوير المسئلة بذلك (قوله فيأتى ذلك هنا) معتمد (قوله وجب الصبر) أى إلى أن يوجد من يأخذه بذلك . لايقال : التأخير إلى ذلك قد يؤدى إلى ضرر بالمالك لطول مدة الانتظار لمن يرغب فيه . لأنا نقول : الغالب عدم الطول ، لأن الغالب وجود من يأخذ بثمن المثل وفقده نادر فلا نظر إليه (قوله والإشهار) يقتضى أن فعله أشهر ، وفى القاموس شهر سيفه كمنع ، وشهره رفعه على الناس اه . لكن يوافق ماعبر به الشارح قول الكمال بن أبى شريف على النخبة

(قوله لاحتمال ظهور غريم آخر) تعليل لتوقف السبكى (قوله فى المجلس) أى وفى زمن خيار الشرط (قوله وقال ابن أبى الدم الخ) مقابل لما فى فتاوى المصنف

أنه دون ثمن مثله بلا خلاف بناء على أن القيمة وصف قائم بالذات ، فإن قلنا ماتنتهى إليه الرغبات فواضح لأن مادفع فيه هو ثمن مثله ، وعليه ففارق الرهن مال المفلس بأن الراهن التزم ذلك حيث عرض ملكه برهنه للبيع ، ألا ترى أن المسلم إليه لما التزم تحصيل المسلم فيه لزمه ولو بثمن غال : أى لا بأكثر من ثمن مثله كما مرّ فى بابه لأنه التزمه (ثم إن كان الدين من غير جنس النقد) الذى بيع به أو من غير نوعه (ولم يرض الغريم إلا بجنس حقه) أو نوعه (اشترى) له لأنه واجبه (وإن رضى) بغير جنس حقه وهو مستقل أو ولىّ والمصلحة للمولى فى التعويض كما هو ظاهر (جاز صرف النقد إليه إلا فى السلم) ونحوه من كل مايمنع الاعتياض عنه كمبيع فى الذمة وكمنفعة فى إجارة الذمة فلا يجوز صرفه إليه وإن رضى لامتناع الاعتياض ، ولا يرد على المصنف نجوم الكتابة مع عدم صحة الاعتياض عنها على الأصح لأن النجوم لا يحجر لأجلها فليست مرادة هنا (ولا يسلم) الحاكم أو مأذونه (مبيعا قبل قبض ثمنه) احتياطا فإن فعل ضمن كالوكيل والضمان بقيمة المبيع . قال السبكى : وينبغى أن يكون محل ضمان الحاكم إذا فعله جاهلا أو معتقدا تحريمه ، فإن فعله باجتهاد أو تقليد صحيح لم يضمن لأن خطأه غير مقطوع به ، فإن تنازعا أجبر المشترى على التسليم أولا ما لم يكن نائبا عن

فعكف الناس على الأخذ عنه كما صرح هو بذلك وأشهره (قوله أنه دون ثمن مثله بلا خلاف) معتمد (قوله وعليه) أى على ماتقدم من وجوب الصبر فى مال المفلس (قوله ففارق الرهن) فرقه بينهما يقتضى اعتماد مانقله عن ابن أبى الدم فليراجع ، واعتمد حج التسوية بينهما فى وجوب الصبر إلى وجود راغب بثمن المثل وهو الأقرب (قوله ولو بأكثر من ثمنه(١)) حيث صوّر بما ذكر لم يكن مؤيدا للفرق لأنه ليس فيه بأكثر من ثمن المثل حتى يكون مؤيدا (قوله أو نوعه) أى أو صفته اهـ حج (قوله من كل مايمتنع) عبارة سم على منهج اعتمد م ر جواز الاعتياض عن المبيع فى الذمة وما فى الشرح مقدم على غيره (قوله ولا يرد) أى وبتقدير وروده فهو مندفع بما زاده من قوله ونحوه من كل ما الخ ، ثم قضية قوله لأن النجوم لا يحجر لها الخ أنه لا يدفع النجوم الكتابة شىء من ماله الذى بيع ، وقضية حج خلافه فليراجع ، وسيأتى مايصرح بموافقة حج فى قول الشارح ويستثنى من القسمة مكاتب عليه دين معاملة الخ ، وعليه فإذا كان الثمن من غير جنس نجوم الكتابة أو صفتها اشترى به ماهو من جنس نجوم الكتابة وصفتها ولا يعتاض عنها ، لكنه لا يقاسم الغرماء بل يقدم حق الغرماء على النجوم (قوله ولا يرد على المصنف) أى حيث قال إلا فى السلم (قوله أو مأذونه) يشمل المفلس ويأتى مايصرح به اهـ سم على حج (قوله قبل قبض ثمنه) أى وإن أحضر له المشترى ضامنا أو رهنا لأن الرهن قد يتلف أو يحوج إلى زمن يبيعه فيه فيؤدى إلى ضرر (قوله فإن فعل ضمن) أى المسلم حاكما كان أو مأذونه (قوله بقيمة المبيع) أى لا بالثمن الذى باع به

(قوله بناء على أن القيمة وصف قائم بالذات) إنما بناه على هذا لأنه هو الذى يستغرب الحكم عليه ، أما بناؤه على أنها ماتنتهى إليه الرغبات فإنه ظاهر كما أشار إليه بقوله فإن قلنا الخ (قوله وعليه فيفارق الرهن الخ) أى على ماقاله ابن أبى الدم ، وغرضه من ذلك الجمع بين كلام المصنف فى فتاويه وبين كلام ابن أبى الدم بفرض صحته لكنه ضعيف كما أشار إليه بتعبيره بعليه ، وقد صرح الشهاب حج بضعفه وبأن مال المفلس والمرهون على حد سواء وأن الحكم ماذكره المصنف (قوله كمبيع فى الذمة) هذا لا يخالف مامر له فى باب السلم من صحة الاعتياض لأن ذلك محمول على الثمن كما تقدم التنبيه عليه .

---

(١) قول المحشى (قوله ولو بأكثر من ثمنه) الذى فى نسخ الشرح ولو بثمن غال : أى لا بأكثر الخ .

غيره فيجبران فيما يظهر ، وما استثناه الأذرعى من إطلاق المصنف من أنه لو باع شيئا لأحد الغرماء وعلم أنه يحصل له عند المقاسمة مثل الثمن الذى اشترى به فأكثر قال : فالأحوط بقاء الثمن فى ذمته لا أخذه وإعادته اه . قال : وسيأتى مايؤيده مع ظهوره رده الزركشى بأنه لايستثنى من ذلك ، لأنه إن كان الثمن من جنس دينه جاء التقاص وإن لم يكن من جنسه ورضى به حصل الاعتياض فلم يحصل تسليم قبل قبض الثمن على كل تقدير ، ويجاب عنه بأن الأحوط بقاؤه فى ذمته وإن لم يحصل تقاص ولا اعتياض فصح الاستثناء (وما قبض) الحاكم من ثمن المبيع للمفلس (قسمه) على التدريج ندبا (بين الغرماء) لتبرأ ذمته منه ويصل إلى مستحقه ، فإن طلب الغرماء قسمته وجبت كما يؤخذ من كلام السبكى الآتى (إلا أن يعسر لقلته) وكثرة الديون (فيؤخر) الحاكم ذلك (ليجتمع) ماتسهل قسمته ، فلوطلبها الغرماء لم يجبهم كما بحثاه بعد نقلهما عن النهاية إجابتهم ، وبما بحثاه صرح الماوردى ، لكن كلام السبكى يفيد حمل هذا على ما إذا ظهرت مصلحة فى التأخير وما قبله على خلافه وله اتجاه ولو اتحد الغريم قسمه أولا فأولا . ويستثنى من القسمة مكاتب عليه دين معاملة ودين جناية ونجوم كتابة ثم حجر عليه فيقدم الأول ثم الثانى ثم الثالث ، وللمديون غير المحجور أن يقسم كيف شاء ، لكن بحث السبكى أن الغرماء إذا استووا وطالبوا وحقهم على الفور وجب التسويق . قال الجوجرى : وهو متجه جدا فرارا من الترجيح بلا مرجح ومن إضرار بعضهم بالتأخير أو الحرمان إن ضاق المال ، وإذا تأخرت قسمة ماقبضه الحاكم فالأولى أن لايجعله عنده للتهمة بل يقرضه أمينا موسرا يرتضيه الغرماء غير مماطل ولا يكلف رهنا لأنه لاحاجة به إليه وإنما قبله لمصلحة المفلس وفى تكليفه الرهن سد لها وبه فارق اعتباره فى التصرف فى مال نحو الطفل ، فإن فقد أودعه ثقة يرضونه ، فإن اختلفوا أو عينوا غير ثقة فمن رآه القاضى من العدول وتلفه عنده من ضمان المفلس (ولا يكلفون) أى الغرماء عند

وينبغى أن المراد بقيمته قيمته وقت التسليم (قوله فيجبران) أى البائع والمشترى وهو ظاهر إن كان البائع المفلس بإذن القاضى ، أما لو كان البائع هو القاضى فالمراد إجباره وجوب إحضار عليه ثم يأمر المشترى بالإحضار فإذا أحضر سلمه المبيع وأخذ منه الثمن (قوله وإن لم يحصل) يقتضى البقاء مع حصول ماذكر ، وفيه تناقض إلا أن أن تجعل الواو للحال ، أو يريد أن هنا مانعا من التقاص والاعتياض اه سم على حج . وكتب أيضا مانصه : قوله وما قبله هو قوله وجبت كما يؤخذ الخ (قوله وله اتجاه) معتمد (قوله سلمه)(١) أى وجوبا إن طلب وإلا فندبا (قوله دين معاملة) وصورة الحجر على المكاتب أن يحجر عليه لغير نجوم الكتابة ومعاملة السيد فيتعدى الحجر إليهما تبعا (قوله وطالبوا) أى وإن ترتبوا فى الطلب وتأخر الدفع عن مطالبة الجميع (قوله وحقهم) أى والحال (قوله وجب التسوية) ومع ذلك لو فاضل نفذفعله لبقاء الحق فى ذمته وعدم تعلقه بعين ماله (قوله ولا يكلف رهنا) أى بأن لايرضى بالاقتراض والرهن (قوله فى مال نحو الطفل) فإنه يشترط لصحته أخذ رهن على ما أقرضه مثلا حيث رأى ذلك كما تقدم فى القرض ، وعبارته ثم بعد قول المتن وفى المقرض أهلية تبرع : أما الحاكم فيجوز له من غير ضرورة لكثرة أشغاله خلافا للسبكى بشرط يسار المقرض وأمانته وعدم الشبهة فى ماله إن سلم منها مال المولى عليه والإشهاد عليه ويأخذ رهنا إن رأى ذلك فقيد بما إذا رأى ذلك وعم عدم أخذه هنا ، لكن تقدم الشارح فى أول باب الرهن مايفيد وجوب أخذ الرهن على ما أقرضه مطلقا ويوافقه ما هنا ، وأن قوله إن رأى ذلك ليس راجعا للرهن بل لأصل تصرف الحاكم (قوله من العدول) أى ولو من الغرماء (قوله وتلفه عنده) أى

---

(١) قول المحشى (قوله سلمه) ليس فى نسخ الشرح .

القسمة (بينة) أو إخبار حاكم (بأن لا غريم غيرهم) لاشتهار الحجر ، فلو كان ثمّ غريم لظهر ، ويخالف نظيره في الميراث لأن الورثة أضبط من الغرماء وهذه شهادة على نفي يعسر مدركها ، ولا يلزم من اعتبارها في الأضبط اعتبارها في غيره ، ولأن وجود غريم آخر لا يمنع الاستحقاق من أصله ولا يتحتم مزاحمته ، إذ لو أعرض أو أبرأ أخذ الآخر الجميع والوارث يخالفه في جميع ذلك (فلو قسم فظهر غريم) يجب إدخاله في القسمة : أي انكشف أمره (شارك بالحصة) ولم تنقض القسمة لأن المقصود يحصل بذلك ، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عشرون وللآخر عشرة وأخذ الأول عشرة والآخر خمسة ثم ظهر غريم له ثلاثون رجع على كل منهما بنصف ما أخذه ، فإن أتلف أحدهما مما أخذه وكان معسرا جعل ما أخذه كالمعدوم وشارك من ظهر الآخر وكان ما أخذه كأنه كل المال ، فلو كان المتلف أخذ الخمسة استرد الحاكم ممن أخذ العشرة ثلاثة أخماسها لمن ظهر ، ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه الآخران نصف ما أخذه وقسماه بينهما على حسب دينهما وقس على ذلك ، ولو ظهر الثالث وظهر للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر صرف إليه بقسط ما أخذه الأولان والفاضل يقسم على الثلاثة . نعم إن كان دينه حادثا فلا مشاركة له في المال القديم والدين المتقدم سببه كالقديم ، فلو أجر دارا وقبض أجرتها وأتلفها ثم انهدمت بعد القسمة رجع المستأجر على من قسم له بالحصة ويقسم له على غريم غاب إن عرف قدر حقه وإلا وجبت مراجعته ، فإن تعذرت رجع في قدره للمفلس ، فإن ظهرت له زيادة فكظهور غريم بعد القسمة ، ولو تلف بيد الحاكم ما أفرزه للغائب بعد أخذ الحاضر حصته أو إفرازها فعن القاضي أن الغائب لا يزاحم من قبض

أو أمينه (قوله أو إخبار حاكم) أي علم حاكم ، وقياس ما يأتي للشارح في الشهادة بالإعسار أنه لا يكفي هنا رجل ويمين ولا رجل وامرأتان ، ومن ثم صرح الخطيب في شرحه بأن التعبير بالإثبات إنما يستفاد به زيادة على الشاهدين إخبار القاضي (قوله لأن الورثه) أي حيث يكلف بينة بأن لا وارث غيره (قوله مدركها) بضم الميم كما في المصباح (قوله فظهر) الفاء بمعنى الواو فلا يشترط الفورية (قوله إدخاله) أي بأن سبق دينه الحجر (قوله نعم إن كان دينه الخ)هذا خرج بقوله يجب إدخاله في القسمة فكان الأولى أن يقول أما إن كان دينه الخ (قوله المتقدم سببه) أي على الحجر (قوله فإن تعذرت) أي عسرت (قوله بعد القسمة) أي فيرجع بقدر ما يخصه (قوله ولو تلف بيد الخ) عبارة حج : ولو قبض الحاكم حصة غائب فتلفت تحت يده لم يرجع الغائب على بقية الغرماء بشيء ولا تنقض القسمة لأن الحاكم نائب عنه في القبض اه . وهي قد تشعر بأن حصته باقية في ذمة المفلس حيث قال : لم يرجع الغائب على بقية الغرماء بشيء الخ ، ويصرح به قول الشارح الآتي بعد قول المصنف وله الرجوع في سائر المعاوضات الخ ، وإنما اشترى له الجميع لأن ما أفرز له صار كالمرهون بحقه وانقطع به حقه من حصص غيره حتى لو تلف قبل أخذه له لم يتعلق بشيء مما أخذه الغرماء ، لكن قد يتوقف فيما لو قصد بأخذها القبض بطريق النيابة عنه فإن الظاهر فيه أنه تبرأ منه ذمة المديون ويدل له قول حج السابق لأن الحاكم نائب عنه في القبض قال حج أيضا : وبه أي ويكون الحاكم نائبا عنه في القبض فارق ما لو أخذ ناظر بيت المال حقه : أي حق بيت المال من تركة ثم ظهر غاصب وتعذر رد ما وصل لبيت المال فيحسب على جميع التركة شائعا وتنقض القسمة ويقسم ما بقي منها كما لو غصب أو سرق منها شيء قبل قسمتها لتبين عدم ولاية الناظر (قوله لا يزاحم من قبض)

(قوله وشارك من ظهر)] لعله سقط بعده لفظ الآخر من الكتبة (قوله ثم إذا أيسر المتلف أخذه منه الآخران نصف ما أخذه) أي لأن دينه نسبته إلى بقية الديون السدس فله سدس الخمسة عشر والذي أخذه ثلثها فيأخذ منه نصفه (قوله أن الغائب لا يزاحم من قبض) أي أو أفرزه له

(وقيل تنقض القسمة) كما لو اقتسمت الورثة ثم ظهر وارث آخر فإن القسمة تنقض على الأصح ، وفرق الأول بأن حق الوارث فى عين المال ، بخلاف حق الغريم فإنه فى قيمته وهو يحصل بالمشاركة (ولو خرج شىء باعه) المفلس (قبل الحجر مستحقا والثمن) المقبوض (تالف فكدين ظهر) من غير هذا الوجه كما قاله الشارح : أى مثل ذلك الدين ، والمراد بالمثل البدل ليشمل القيمة فى المتقوّم فسقط القول بأنه لا معنى للكاف بل هو دين ظهر حقيقة ، وحكم ذلك أنه يشارك المشترى الغرماء من غير نقض القسمة أو مع نقضها وسواء أتلف قبل الحجر أم بعده ، وخرج بقوله والثمن تالف مالو كان باقيا فيرده (وإن استحق شىء باعه الحاكم) أو نائبه والثمن المقبوض تالف (قدم المشترى بالثمن) أى ببدله على باقى الغرماء ، ولا يضارب به معهم لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس فكان تقديمه من مصالح الحجر كأجرة الكيال ، وليس الحاكم ولا نائبه طريقا فى الضمان لأنه نائب الشرع ، بخلاف ما لو باعه المفلس قبل الحجر فإنه إذا استحق بعد تلف الثمن يكون ثمنه دينا ظهر فيأتى فيه مامر (وفى قول يحاص الغرماء) به كسائر الديون لأنه دين فى ذمة المفلس ودفع بما مر (وينفق) الحاكم حتما من مال المفلس (عليه وعلى من عليه نفقته) من زوجة وقريب وأم ولد ولو حدث بعد الحجر (حتى يقسم ماله) لأنه موسر مالم يزل ملكه عنه . ومحله فى الزوجة التى نكحها قبل الحجر . أما المنكوحة بعده فلا ينفق عليها ، وفارقت الولد المتجدّد بأنه لا اختيار له فيه بخلافها ، ولا يرد على ذلك تمكنه من استلحاقه لأنه واجب عليه فلا اختيار له فيه أيضا ، وإنما

أى فيبقى دينه فى ذمة المفلس ، ولعل وجه عدم المزاحمة أن إفراز القاضى له الحصة نزل منزلة قبضه فى الجملة فمنع من المزاحمة وإن كان حقه باقيا (قوله أنه يشارك المشترى الغرماء) أى فى الأصل لا فى الزوائد المنفصلة . أما هى فينوزون بها بناء على عدم النقض (قوله أو نائبه) قضية هذا أن ما باعه المفلس بعد الحجر كذلك ، لكن فى سم على منهج نقلا عن شرح الروض وإن كان البائع المفلس قبل الحجر فكدين قديم ظهر فيشارك المشترى الغرماء من غير نقض القسمة بخلافه بعد الحجر فإنه لا أثر له لأنه دين حادث لم يتقدم سببه اهـ رحمه الله سبحانه وتعالى . ومعلوم أنه لايبيع إلا بإذن القاضى ولم يلحقه ببيعه وذلك يدل على أن المراد بمأذون القاضى الذى يلحق به من عينه القاضى للبيع من أعوانه مثلا ومن ثم عبر غير الشارح عن مأذون القاضى بأمينه (قوله وأم ولد) وقد مر أن الاستيلاد بعد الحجر غير نافذ فالمراد حدوث الولد لا الاستيلاد ومن ثم قال بعد وفارقت : أى المنكوحة الولد الخ (قوله ولو حدث) أى الولد (قوله وفارقت) أى الزوجة (قوله لا اختيار له) أى والوطء وإن كان باختياره

(قوله أى مثل ذلك الدين) صوابه : أى مثل ذلك الثمن . والحاصل أن فى كلام المصنف مؤاخذتين : الأولى أن قوله فكدين تقديره ظاهر ، فالثمن المذكور كدين ظهر مع أن الصورة أن الثمن تالف ، فأشار الشارح الجلال إلى الجواب عنه بقوله أى فمثل الثمن اللازم كدين : أى فهو على حذف مضاف ، وهذا مراد الشارح هنا بقوله أى مثل ذلك الدين على مامر فيه ، ثم فسر المراد بالمثل فى كلام الجلال بقوله والمراد الخ . المؤاخذة الثانية فى التشبيه فى قول المصنف فكدين مع أنه دين ظهر حقيقة ، فأشار الشارح الجلال إلى الجواب عنه بقوله من غير هذا الوجه ، وعبارة الجلال مع المتن فكدين : أى فمثل الثمن اللازم كدين ظهر من غير هذا الوجه انتهت . وبها تعلم مافى كلام الشارح هنا من القلاقة (قوله فسقط القول الخ) أى بقوله من غير هذا الوجه (قوله ولا يرد على ذلك تمكنه من استلحاقه) عبارة شرح الروض : ويفارق إقراره

أنفق على ولد السفيه إذا أقرّ به من بيت المال لأن إقراره بالمال وبما يقتضيه غير مقبول ، بخلاف إقرار المفلس ، وكذلك المماليك لو حدثوا بعد الحجر باختياره أنفق عليهم لأن مؤنتهم من مصالح الغرماء لأنهم يبيعونهم ويقتسمون ثمنهم . ولو اشترى أمة فى ذمته وأولدها وقلنا بنفوذ إيلاده فالأوجه وجوب نفقتها وفارقت الزوجة بقدرتها على الفسخ بخلاف هذه ، ولا ينفق على القريب إلا بعد الطلب كما أن ولى الصبى لاينفق على قريبه إلا بعد الطلب بل هذا أولى لمزاحمة حق الغرماء . نعم ذكروا أن القريب لو كان طفلا أو مجنونا أو عاجزا عن الإرسال كزمن أنفق عليه بلا طلب حيث لا ولىّ له خاص يطلب له . وقياسه أن يكون القريب هنا كذلك وينفق على زوجته نفقة المعسرين كما رجحه المصنف وغيره خلافا للرافعى كالرويانى أنه ينفق نفقة الموسرين وإلا لما أنفق على القريب فقد رد بأن اليسار المعتبر فى نفقة الزوجة غير اليسار المعتبر فى نفقة القريب وبأن نفقة الزوجة لاتسقط بمضىّ الزمان ، بخلاف القريب فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء الثانى . والمراد بقوله ينفق يمون فيشمل الكسوة والإسكان والإخدام وتكفين من مات منهم قبل القسمة لأن ذلك كله عليه وشمل ما ذكر الواجب فى تجهيزه ، وكذا المندوب إن لم يمنعه الغرماء (إلا أن يستغنى) المفلس (بكسب) حلال لائق به بأن لايكون مزريا به فلا ينفق ويكسو حينئذ من ماله بل من كسبه إن رأى من يستعمله فإن فضل منه شىء رد إلى المال أو نقص كمل من المال ، فإن امتنع من كسب لائق ولو مع تعسره أنفق عليه كما اقتضاه كلام المنهاج ، وهو أنسب بقاعدة الباب مما اقتضاه كلام المتولى من عدم الإنفاق وإن اختاره السبكى إذ القاعدة أنه لايؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل ، ومن تفصيل ابن النقيب بين أن يتكرر منه الامتناع ثلاثا أو لا (ويباع مسكنه) وإن احتاج إليه (وخادمه) ومركوبه (فى الأصح وإن احتاج إلى خادم) أو مركوب (لزمانته ومنصبه) لأن تحصيلها بالكراء أسهل ، بخلاف مايأتى فإن تعذر فعلى المسلمين ، وقضيته لزوم المياسير أجرة مركوب وخادم ، وفيه وقفة إذ لايلزمهم إلا الضرورى أو ماقرب منه ،

لكن لايلزم منه الإحبال (قوله وقلنا بنفوذ إيلاده) على الوجه المرجوح (قوله إلا بعد الطلب) أى فلو أنفق من غير طلب فهل يضمن أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب عدم الضمان وأنه لا رجوع عليهم أيضا لأنهم فى نفس الأمر إنما أخذوا حقهم (قوله لا ولىّ له خاص) أى أوله ولىّ ولم يطلب فيما يظهر (قوله إن لم يمنعه) يفيد أنهم لو سكتوا بحيث لم يؤذنوا ولا منعوا أنه يفعل للميت فليراجع من الجنائز (قوله حلال لائق) فى التقييد بهما نظر مع ما يأتى من أنه إن امتنع من الكسب لايكلفه فإن الحاصل منه أنه إن اكتسب بالفعل لاينفق عليه وإن امتنع لايكلف الكسب ، وقضية التقييد بما ذكر أنه إن اكتسب غير لائق به ينفق عليه من ماله مع حصول ما اكتسبه فى يده والظاهر أنه غير مراد ، ثم رأيت الخطيب ذكر مايصرح به ، وعبارته : ولو رضى بما لايليق به وهو مباح لم يمنع منه . قال الأذرعى : وكفانا مؤنة (قوله فإن امتنع) أى لم يكتسب وإن لم يسبق أمر له بالاكتساب (قوله لزمانته) هى كل داء يزمن الإنسان فيمنعه عن الكسب كالعمى وشلل اليدين انتهى شيخنا زيادى (قوله فإن تعذر الخ) أى بأن لايتيسر له من كسبه ولا من بيت المال (قوله وقضيته لزوم المياسير) معتمد (قوله أجرة مركوب وخادم)

بالنسب تجديده الزوجية بأن الإقرار بالنسب واجب بخلاف التزويج (قوله وقلنا بنفوذ إيلاده)أى وقد مرّ أنه لاينفذ (قوله نعم ذكروا أن القريب لو كان طفلا) أى فيما إذا كان المولى مجنونا أو سفيها ، إذ من المعلوم أن قريب الطفل لايتصور أن يكون طفلا ، فالصبى فى قوله كما أن ولىّ الصبى الخ مثال (قوله فإن تعذر) أى الكراء

وليس هذا كذلك إلا أن أبهة المنصب بهما يترتب عليها مصلحة عامة فنزلت منزلة الحاجة . والثانى يبقيان للمحتاج إذا كانا لائقين به دون النفيسين وهو مخرج من نصه فى الكفارات ، وفرق الأول بأن حقوق الله مبنية على المساهلة بخلاف حقوق الآدميين مع كونها لابدل لها ، وتباع أيضا البسط والفرش ويتسامح فى حصير ولبد قليل القيمة وكساء خليع (ويترك له دست ثوب يليق به) حال فلسه كما قاله الإمام إن كان فى ماله وإلا اشترى له لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة للنفقة ، وقد أطلق كثير أن كل ماقيل يترك له ولم يوجد بماله اشترى له ، وظاهره أنه يشترى له حتى الكتب ونحوها مما ذكر وفيه نظر ظاهر ، ومن ثم بحث بعضهم عدم شراء ذلك له لاسيما عند استغنائه بموقوف ونحوه بل لو استغنى عنه به بيع ماعنده . وينبغى أن يحمل عليه اختيار السبكى أنها لاتبقى له ، وقول القاضى لاتبقى له فى الحج فهنا أولى يحمل على ذلك أيضا وإلا فهو ضعيف كما يعلم مما مر ، ويباع المصحف مطلقا كما قاله العبادى لأنه تسهل مراجعة حفظته ، ومنه يؤخذ أنه لو كان بمحل لاحافظ فيه ترك له ؛ فلو كان يلبس قبل الإفلاس فوق مايليق بمثله رد إلى اللائق أو دون اللائق تقتيرا أو زهدا لم يزد عليه ، والضمير فى له عائد على لفظ من المذكور فى النفقة وحينئذ فيدخل فيه نفسه وعياله ونقله الزركشى عن البغوى وغيره (وهو قميص وسراويل) وتكة كما بحثه الأذرعى ومنديل (وعمامة) وما تحتها كما ذكره القاضى وبحثه الأسنوى والأذرعى ، وطيلسان وخف ودراعة فوق القميص إن لاقت به لئلا يحصل الإزراء بمنصبه ، وتزاد المرأة مقنعة وغيرها مما يليق بها (ومكعب) أى مداس (ويزاد فى الشتاء جبة) لاحتياجه إلى ذلك ويترك للعالم كتبه . وينبغى أن يأتى هنا عند تكرر النسخ مايأتى فى قسم الصدقات ويحتمل الفرق ، وبحث ابن الأستاذ أنه يترك للجندى المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما ، قال : بخلاف المتطوع بالجهاد فإن وفاء الدين أولى إلا أن يتعين عليه الجهاد ولا يجد غيرهما ، وتباع آلات حرفته إن كان محترفا ، وفى البويطى أنه يعطى بضاعة . قال الدارمى : ومعناه اليسير : أى التافه ، أما الكثير فلا ، وقال ابن سريج : يترك له رأس مال يتجر فيه إذا لم يحسن الكسب إلا به ، قال الأذرعى : وأظن أن مراده ما قاله الدارمى (ويترك قوت يوم القسمة) وسكناه (لمن عليه نفقته) لأنه موسر فى أوله بخلاف مابعده لعدم ضبطه ،

وينبغى أن يكون ذلك قرضا على بيت المال (قوله وكساء خليع) ويظهر أن آلة الأكل والشرب التافهة القيمة كذلك اهـ حج (قوله ويباع المصحف مطلقا) أى سواء وجد وقف يستغنى به أم لا (قوله ودراعة) اسم للمأوطة ونحوها مما يلبس فوق القميص وهى بضم المهملة كما فى شرح الروض (قوله مقنعة) بكسر الميم كما قاله فى مختار الصحاح (قوله ويزاد فى الشتاء جبة) هل المراد أنها تزاد إذا دخل الشتاء أو وقعت القسمة فيه ما إذا لم يدخل ، ولا وقف فيه أو تزاد مطلقا بمعنى أنه يعطاها ولو فى الصيف أو وقعت القسمة فى الصيف حرره ، وقد يتجه أن المراد إذا وقعت القسمة فى الشتاء أو دخل الشتاء زمن الحجر اهـ سم على منهج (قوله ويترك للعالم كتبه) أى مالم يستغن بغيرها من كتب الوقف كما تقدم (قوله وتباع آلات حرفته) معتمد

أى بفقد الأجرة (قوله إلا أن يقال إن أبهة المنصب الخ) صريح فى أن المراد بالمنصب منصب الحكم فانظر هل هو كذلك (قوله وتباع أيضا البسط) ظاهره وإن كان ذا منصب وانظر هل يأتى فيه مامر فى المركوب (قوله فوق مايليق بمثله) أى فى حال الإفلاس ليوافق مامر وإن كان خلاف الظاهر (قوله والضمير فى له عائد على لفظ من الخ) لايوافق ماسلكه أولا فى حل المتن من إخراج نفس المفلس من مدلول من ولا ما أعقب به المتن هنا من قوله حال فلسه الخ الصريح فى أن الضمير لخصوص المفلس ، ثم إن هذا لعله بالنسبة إلى ما فى المتن خاصة من دست ثوب وما بعده ، وإلا فمن البعيد أن يترك من ماله لنحو قريبه نحو الكتب . إذ هو لايجب عليه لو كان موسرا لقريبه مثل ذلك وإنما يجب له عليه النفقة والكسوة ونحوهما (قوله المتطوع بالجهاد) يعنى غير المرتزق بقرينة ماقبله

ولأن حقوقهم لم تجب فيه أصلا ، وألحق البغوى ومن تبعه باليوم ليلته : أى الليلة التى بعده هذا إن كان بعض ماله خاليا عن تعلق حق لمعين ، فإن تعلق بجميع ماله حق لمعين كالمرهون لم ينفق عليه ولا على عياله منه (وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجر نفسه لبقية الدين) لقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - أمر بإنظاره ولم يأمر باكتسابه ، وللخبر المار فى قصة معاذ « ليس لكم إلا ذلك » نعم إن عصى بسببه وإن صرفه فى مباح كغاصب ومتعمد جناية توجب مالا أمر بالكسب ولو بإيجار نفسه كما نقله الأسنوى واعتمده ، لأن التوبة من ذلك واجبة وهى متوقفة فى حقوق الآدميين على الرد ، واستدل له الأذرعى بإيجابهم على الكسوب كسب نفقة الزوجة والقريب ، ومن العلة يعرف أن وجوب ذلك ليس لإيفاء الدين بل للخروج من المعصية لكن الكلام ليس فيه حينئذ ، ولا ينفك الحجر عن المفلس بانقضاء القسمة ولا باتفاق الغرماء على رفعه ، وإنما يفكه القاضى لأنه لايثبت إلا بإثباته فلا يرتفع إلا برفعه كحجر السفيه لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد (والأصح) وجوب (إجارة) نحو (أم ولده والأرض الموقوفة عليه) إن لم يشرط واقفها عدم إجارتها ، فإن شرطه فلا ، وإجارة أم الولد لاتختص

(قوله وإن صرفه فى مباح) أى ماغصبه فلا يشكل عليه ما فى قسم الصدقات من أنه لو استدان ليصرفه فى معصية لكن صرفه فى مباح لايكلف الكسب . والفرق أن المستدين تصرف فيما ملكه بخلاف الغاصب ، ويحتمل بقاء ماهنا فى ظاهره حتى لو اقترض ليصرف فى معصية فصرف فى مباح كلف الكسب ، ويفرق بينه وبين ما فى الزكاة بأن سبب الكسب هنا الخروج من المعصية كما أشار إليه ، ولا يتحقق ذلك إلا بالرد لمن اقترض منه ، وأن سبب صرف الزكاة إليه إعانته على توفية ما عليه من الدين الذى لم يعص بصرفه .

[تنبيه] قيل الغرماء يتعلقون بحسنات المفلس ماعدا الإيمان كما يترك له دست ثوب ، ويرد بأن هذا توقيفى فلا مدخل للقياس فيه ، وقيل ما عدا الصوم لخبر « الصوم لى » ، ويرده خبر مسلم أنهم يتعلقون حتى بالصوم اه حج (قوله أمر بالكسب) أى وإن كان مزريا ، بل متى أطاقه لزمه فيما يظهر إذ لا نظر للمروآت فى جنب الخروج من المعصية ، ويوافقه ما فى الإحياء أنه يجب على من أخر الحج مع قدرته عليه حتى أفلس أن يخرج ماشيا إن قدر ، فإن عجز اكتسب من الحلال قدر الزاد ، فإن عجز سأل ليصرف له من نحو زكاة أو صدقة مايحج به فإن مات ولم يحج مات عاصيا اه حج : أى مع أن السؤال يزرى به إذا كان من ذوى المروآت (قوله والقريب) إطلاق القريب يشمل الأصل والفرع ، وفيه نظر بالنسبة لنفقة الفرع فإن الأصل لايجب عليه الاكتساب لفرعه العاجز بخلاف عكسه (قوله فلا يرتفع إلا برفعه) مالم يتبين له مال كما هو ظاهر اه حج : أى فلا يحتاج إلى رفع قاض ، وقد يقال فى هذه الصورة يتبين عدم صحة الحج من أصله فلا يحتاج إليهما (قوله نحو أم ولده) أى وإن لم

فيشمل من تعين عليه حتى يتأتى الاستثناء (قوله واستدل له الأذرعى) الأذرعى إنما ذكر هذا دفعا لاستبعاد الحكم ، ولم يذكره على وجه الاستدلال إذ لادليل فيه لما نحن فيه ، وعبارته : وليس ببعيد ، وقد أوجبوا على الكسوب كسب نفقة الزوجة والقريب الخ (قوله ليس لإيفاء الدين) أى وهو حينئذ غير خاص بالمفلس (قوله وإنما يفكه القاضى) ظاهره وإن حصل وفاء الديون أو الإبراء منها مثلا ، ولعل وجهه احتمال ظهور غريم آخر كما عللوا به عدم إفادة رضا الغرماء فليراجع (قوله وإجارة أم الولد لاتختص الخ) عبارة الأذرعى : وهذه الأحكام

بالمحجور بل تطرد فى كل مديون ، فمثل الأرض غيرها فى ذلك والموصى له بمنفعته كما بحثه الأذرعى ، لأن منفعة المال مال كالعين بدليل أنها تضمن بالغصب ، بخلاف منفعة الحرّ فيصرف بدل منفعتهما للدين ويؤجران مرة بعد أخرى إلى البراءة . قال الشيخان: وقضية هذا إدامة الحجر إلى البراءة وهو مستبعد ، واعترضهما البلقينى بأنه ليس قضيته ذلك بل انفكاك الحجر بالكلية أو بالنسبة إلى غير المأجور والمستولدة ، ودعواه أن قضية انفكاك الحجر بالكلية ممنوعة بالنسبة لغير الموقوف والمستولدة هو محل استبعادهما وحينئذ فلا اعتراض عليهما ، وفى الروضة عن الغزالى أنه يجبر على إجارة الوقف : أى بأجرة معجلة مالم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حدّ لايتغابن به الناس فى غرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة اهـ. ومثله المستولدة ، وينبغى أن تكون إجارة ماذكر فى كل مرة يؤجرها مدة يغلب على الظن بقاؤه إلى انقضائها وأن لايصرف من الأجرة إلا ماتبين استحقاق المفلس له بمضىّ المدة ، وقضيته أنه لايصرف للغرماء إلا مافضل عن مؤنة المفلس ومونه لأنهم يقدمون بذلك فى المال الحاضر ففى المنزل منزلته أولى ، وقد يمنع بأنا لانراعى حقوقهم فى المستقبل بل فى يوم القسمة فقط كما مر ، وهذا من هذا القبيل فالأوجه حينئذ الأول . ومقابل الأصح لا لأنهما لايعدان أموالا حاضرة ولهذا لايجب إجارة نفسه (وإذا ادعى) المدين (أنه معسر أو قسم ماله بين غرمائه) أو أن ماله المعروف تلف (وزعم أنه لايملك غيره وأنكروا ، فإن لزمه الدين فى معاملة مال كشراء أو قرض فعليه البينة) بإعساره فى الأولى وبأنه لايملك غيره فى الثانية لأن الأصل بقاء ماوقعت عليه المعاملة ، نعم محل ذلك فى مال يبقى ، أما غيره كلحم ونحوه فهو من القسم الآتى فيقبل فيه قوله بيمينه ، وله الدعوى على الغرماء وتحليفهم أنهم لايعلمون إعساره ، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره

يلق بها ما تؤجر له (قوله إدامة الحجر) المراد بإدامة الحجر أن لايفكه القاضى وبأنه كالمستبعد أنه ينبغى أن يفكه لا أنه ينفك بنفسه لما يأتى فى الفرع الآتى اهـ سم على حج (قوله ودعواه) أى البلقينى وهى من مر (قوله على إجارة الوقف) ومثل ذلك النزول عن الوظائف ، وينبغى أن مثل ذلك رفع اليد عن الاختصاصات إذا اعتيد النزول عنها بدراهم (قوله بأجرة معجلة) أى وتدفع للغرماء حالا إذ لامعنى لوجوب الإيجار بها معجلة وادخارها إلى فراغ المدة (قوله مالم يظهر تفاوت) معتمد (قوله وأن لايصرف) أى للغرماء (قوله فالأوجه حينئذ الأول) هو ما اقتضاه كلام الغزالى من دفع الأجرة لهم حالا (قوله وزعم) أى قال (قوله فإن نكلوا حلف) أى يمينا

لا اختصاص لها بالمفلس بل هى فى حق كل مديون (قوله بل انفكاك الحجر الخ) لعل فى التعبير بالانفكاك هنا وفيما يأتى مسامحة ، وإلا فقد مر أنه لاينفك إلا بفك القاضى ، وعبارة الشهاب حج : وله أى القاضى فكه إذا لم يبق غير المأجور والموقوف فيما عداهما (قوله وفى الروضة عن الغزالى أنه يجبر) إنما عبر بأنه يجبر لأن الحجر انفك عنه مطلقا كما هو حاصل استبعاد الشيخين المارّ ، فقول المتن والأصح وجوب إجارة أم الولد الخ : أى على المدين فهو المخاطب بالوجوب وعبارة الروض : وعليه أى المفلس أن يؤجر لهم مستولدته وموقوفا عليه (قوله وينبغى أن تكون إجارة ماذكر الخ) لعل هذا الانبغاء من كلام غير الشارح حتى يلاقيه مابعده (قوله أو أن ماله المعروف تلف) انظر هو معطوف على ماذا ، وظاهر إعادة لفظ أن أنه معطوف على قوله أنه معسر ، وحينئذ فقضية هذا الصنيع أن المدعى شيئان تلف المال وكونه لايملك غيره ، وهو خلاف ظاهر ما يأتى فى قول الشارح وبأنه لايملك غيره فى الثانية ، لأنه لو كان المراد ماظهر من صنيعه هنا لقال فيما يأتى وبأنه تلف وبأنه لايملك غيره ، والظاهر أن صورة المسألة أن تلف المال معروف والمدعى أنه لايملك غيره فقط ، وحينئذ فكان ينبغى إسقاط لفظ أن فليراجع

وإن حلفوا حبس وتقبل دعواه أيضا ثانيا وثالثا وهكذا أنه بان لهم إعساره حتى يظهر للحاكم أن قصده الإيذاء. وكذا يقال فى عكسه ، فلو ثبت إعساره فادعوا بعد أيام أنه استفاد مالا وبينوا الجهة التى استفاد منها فلهم تحليفه إلا إن ظهر قصد الإيذاء . هذا كله إن لم يسبق منه إقرار بالملاءة . فلو أقرّ بها ثم ادعى الإعسار ففى فتاوى القفال لا يقبل قوله إلا أن يقيم بينة بذهاب ماله الذى أقرّ بالملاءة به ، ولا يكفيه أنه يعلم ذهاب ماله لأنه ربما يعلم ذهابه لكنه لا يعلم ذهاب ما أقرّ به ، ويثبت الإعسار باليمين المردودة أيضا ويعلم القاضى حيث نفذ حكمه به خلافا للإمام ، ولو قال لغريمه أبرئنى فإنى معسر فأبرأه ثم بان يساره برئ ، ولو قيد الإبراء بعدم ظهور المال لم يبرأ ، ذكره الرويانى فى البحر (وإلا) بأن لزمه الدين لا فى مقابلة مال كصداق وضمان وإتلاف ولم يعهد له مال (فيصدق بيمينه فى الأصح) لأنه خلق ولا مال له والأصل بقاء ذلك ، ولو ظهر غريم آخر لم يحلف ثانيا كما فى البيان وارتضاه ابن عجيل وهو ظاهر لثبوت إعساره باليمين الأولى ، والثانى لابد من البينة لأنه خلاف الظاهر من أحوال الحرّ ، ويعلم مما تقرر حكم ماعمت به البلوى فيمن حلف أنه يوفى زيدا كذا وقت كذا ثم ادعى إعساره فيقبل قوله فيه بيمينه فى عدم الحنث مالم يعرف له مال كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى (وتقبل بينة الإعسار) وإن تعلقت بالنفى لمكان الحاجة كالبينة على أن لا وارث سوى هؤلاء (فى الحال) وإن لم يتقدم له حبس كسائر البينات (وشرط شاهده خبرة باطنه) لطول جوار ومخالطة ونحوها لأن الأموال تخفى فلا يجوز الاعتماد على ظاهر الحال . نعم إن شهد بتلف المال لم يشترط فيه خبرة باطنه ، ولا تكفى شهادة البينة وحدها إلا مع يمين يحلفها المدين بعد إقامتها على أن لا مال له باطنا إن كان الحق لمحجور عليه أو غائب أو جهة عامة وإن لم تطلب أو لغيرهم وطلبت منه لجواز اعتماد الشاهدين الظاهر ، فإن لم تطلب لم يحلف كيمين المدعى عليه ، ويعتمد قول الشاهد بإعساره إنه خبير بباطنه ، وإن عرفه الحاكم كفى كما يكفى علمه بالإعسار ، ولا يثبت بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين كما يأتى فى القضاء ويكفى شاهدان كسائر الحقوق (وليقل) أى الشاهد وهو اثنان كما مر (هو معسر ولا يمحض النفى كقوله لا يملك شيئا) لأنه لا يمكن الاطلاع عليه ، بل يجمع بين نفى وإثبات بأن يشهد أنه معسر لا يملك إلا قوت

واحدة لأن دعواهم واحدة ، وهذا ظاهر إن اجتمعوا ، فإن لم يوجد إلا البعض فادعى عليه أنه يعلم إعساره فطلب منه اليمين فنكل عنها فحلف المفلس أنه معسر فهل يكتفى بتلك اليمين عن تحليف الباقين لكون المدعى به شيئا واحدا ، أو لابد من تحليف الباقين وبتقدير حلف الباقين فهل يحبس لعدم ثبوت إعساره أم كيف الحال ؟ وقضية ما يأتى فى قوله ولو ظهر غريم آخر لم يحلف ثانيا أنه يكتفى بيمينه الأولى عن تحليف الباقين (قوله وإن حلفوا حبس) أى إلى أن يظهر مايدل على إعساره (قوله إقرار بالملاءة) أى الغنى أى عند المعاملة أولا (قوله ولا يكفيه) أى شاهد (قوله ويثبت الإعسار باليمين) هذا مفهوم من قوله فإن نكلوا حلف وثبت إعساره (قوله نفذ حكمه به) أى بأن كان مجتهدا (قوله لم يبرأ) أى وإن بان أن لا مال له لتعليق البراءة (قوله مالم يعرف له مال) أى يجب الوفاء منه بأن وجب بيعه فى وفاء دين المفلس وهو مازاد على ثياب بدنه وحاجته الناجزة . ومن الزائد المركوب والخادم والمسكن وأثاث المنزل على مامرّ (قوله وتقبل بينة الإعسار) قال حج : وهى رجلان اهـ : أى فلا يثبت برجل وامرأتين ولا برجل ويمين ، وسيأتى ذلك فى كلام الشارح فى قوله ولا يثبت بشاهد وامرأتين الخ (قوله وشرط شاهده)

(قوله ولا يكفيه) يعنى الشاهد المعلوم من قوله قبل البينة (قوله ويثبت الإعسار باليمين المردودة) مرّ هذا فى كلامه قريبا (قوله ولو قيد الإبراء بعدم ظهور المال لم يبرأ) أى وإن لم يتبين يساره لما فيه من تعليق الإبراء وهو لا يصح

يومه وثياب بدنه . واعترضه البلقيني أخذا من كلام الاسنوى بأنه قد يملك غير ذلك كمال غائب بمسافة القصر وهو معسر بدليل فسخ الزوجة عليه وإعطائه من الزكاة وكدين له مؤجل أو على معسر وجاحد وهو معسر أيضا لما ذكر ولأنه لايلزمه الحج وبأن قوت يومه قد يستغنى عنه بالكسب وثياب بدنه قد تزيد على مايليق به فيصير موسرا بذلك . قال : فالطريق أن يشهد أنه معسر عاجز العجز الشرعى عن وفاء شيء من هذا الدين ، أو معسر لامال له يجب وفاء شيء من هذا الدين منه أوما فى معنى ذلك ، فإن أريد ثبوت الإعسار من غير نظر إلى خصوص دين قال أشهد أنه معسر الإعسار الذى تمتنع معه المطالبة بشيء من الدين اه . ويجاب بأن ماذكره من الصيغ إنما يتأتى إطلاقه من عالم بهذا الباب وافق مذهب الحاكم فيه وأنى له بشاهدين يخبران بباطنه كذلك ، فلو نظرنا لما ذكره لتعذر أو تعسر ثبوت إعساره وفيه من الضرر مالا يخفى فكان اللائق بالتخفيف ماذكره الشيخان مع أنه المنقول ، ولا نظر للمشاحة التى ذكرها لأن المراد الإعسار فى هذا الباب . ولأنه لو قدر على الكسب أو كان معه ثياب غير لائقة به لم يخف على دائنه غالبا ، فكان سكوته عن ذلك قرينة على عدم وجودهما مع أن التفاوت بذلك لاينظر إليه غالبا فى قضاء الديون والحبس عليها . قال الجوجرى : ولا بد فى الشهادة بالغنى من بيان سببه لأن الإعدام لما لم يثبت إلا من أهل الخبرة فكذلك الغنى . قاله القفال فى فتاويه ، ولو تعارضت بينتا إعسار وملاءة فسيأتى فى الدعاوى وخرج بقول المصنف ولا يمحض النفى مالو محضه ، لكن فى شرح التنبيه للجيلى أنه لاترد شهادتهم اه . ونص عليه الشافعى فى الشاهد بحضرة الورثة أنه يقول لا أعلم أنه لا وارث له ولا يمحض النفى بأن يقول لا وارث له فلو محضه فقد أخطأ ولم ترد شهادته ، قال الزركشى : فليكن مثله (وإذا ثبت إعساره) عند الحاكم (لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهل حتى يوسر) لقوله تعالى ـ وإن كان ذو عسرة ـ الآية ، وأفهم كلامه أن المديون يحبس إلى ثبوت إعساره وإن لم يحجر عليه بالفلس لخبر « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » أى مطل القادر يحل ذمه بنحو ياظالم يا مماطل وتعزيره وحبسه . أما الوالد ذكرا كان أو أنثى وإن علا من جهة الأب أو الأم فلا

أى الإعسار (قوله بالغنى) بالكسر والقصر اليسار (قوله يعمل بالمتأخرة منهما) أى وهى بينة اليسار على مايفيده بعد قوله ولا تكاد بينة الإعسار تخلو عن ريبة وإن كان قوله بأنه يعمل بالمتأخرة منهما صادقا ببينة اليسار والإعسار ، وفى حاشية شيخنا الزيادى أنه إن لم يعرف له مال قدمت بينة اليسار وإن عرف قدمت بينة الإعسار (قوله أنه يقول لا أعلم) الظاهر أن يقول لا أعلم أن لا وارث له الخ . ولعل أصل العبارة هكذا ولا يقول أشهد أن لا وارث له ، وعبارة حج بعد كلام لكن فى الشاهد بأن لا وارث له آخر لا أعلم له وارثا آخر الخ وهى صريحة فيما ترجيناه (قوله ولم ترد شهادته) أى فيستفسر عن معنى النفى الذى ذكره (قوله وتعزيره)

فليراجع (قوله بأنه قد يملك غير ذلك كمال غائب الخ) هذا إيراد على ما اقتضته الشهادة المذكورة من أن من يملك غير قوت يومه وثياب بدنه موسر ، وقوله وبأن قوت يومه الخ إيراد على ما اقتضته من أن قوت يومه وثياب بدنه لايخرجانه عن الإعسار (قوله وهو معسر أيضا) أى المدعى إعساره (قوله فيصير موسرا بذلك) كان الأولى أن يقول بما يصير به موسرا (قوله كذلك) أى عالمين بهذا الباب وافقا مذهب الحاكم : أى لعزة من يخبر باطنه بجوار أو نحوه وهو بهذه الصفة ، ولو قدم قوله كذلك على قوله يخبران باطنه لكان أوضح (قوله ونص عليه الشافعى) الأولى إسقاط لفظ عليه (قوله أنه يقول لا أعلم أنه لاوارث له) صوابه لا أعلم له وارثا آخر كما فى التحفة (قوله أما الوالد الخ) لم يقدم مايكون هذا مفهوما له حتى يسوغ التعبير بأما

يحبس بدين ولده كذلك وإن سفل ولو صغيرا أو زمنا لأنه عقوبة ولا يعاقب الوالد بالولد ولا فرق بين دين النفقة وغيرها ، وما جرى عليه فى الحاوى الصغير تبعا للغزالى من حبسه لئلا يمتنع عن الأداء فيعجز الابن عن الاستيفاء ردّ بمنع العجز عن الاستيفاء لأنه متى ثبت للولد مال أخذه القاضى قهرا وصرفه إلى دينه وقضيته أنه لو أخفاه عنادا كان له حبسه لاستكشاف الحال ، وهو ما اعتمده الزركشى ونقله عن القاضى ، لكن قولهم ولا يعاقب الوالد بالولد يأباه ، وكالوالد المكاتب فلا يحبس بالنجوم كما يأتى ، ومن استؤجرت عينه وتعذر عمله فى الحبس تقديما لحق المستأجر كالمرتهن ولأن العمل مقصود بالاستحقاق فى نفسه بخلاف الحبس فإنه لم يقصد إلا ليتوصل به إلى غيره ثم القاضى يستوثق عليه مدة العمل فإن خاف هربه فعل ما يراه ، ذكره فى الروضة فى باب الإجارة عن الغزالى وأقره ، وأخذ منه السبكى أنه لو استعدى على من استؤجرت عينه وكان حضوره للحاكم يعطل حق المستأجر لم يحضر وإنما أحضرت المرأة وحبست اتفاقا وإن كانت مزوجة لأن للإجارة أمدا ينتظر ، وقضيته أن الموصى بمنفعته كالمستأجر إن أوصى بها مدة معينة وإلا فكالزوجة ، ومثل من ذكر المريض والمخدرة وابن السبيل فلا يحبسون كما اعتمده الوالد رحمه الله تعالى وأفتى به ، بل يوكل بهم ليترددوا ، ولا الطفل والمجنون ولا أبوه والوصى والقيم والوكيل فى دين لم يجب بمعاملتهم ، ولا العبد الجانى ولا سيده . وعلم من الحبس أن الحرّ لا يباع فى دينه وقضاء عمر وعلى رضى الله عنهما بذلك بين الصحابة ولم يخالفا مما انعقد الإجماع على خلافه فدل على أنه منسوخ ، وحكاية ابن حزم قولا عن الشافعى به غريبة لا تعويل عليها ، ويخرج المحبوس للدعوى عليه فإن حبس للثانى أيضا لم يخرج إلا باجتماعهما ، وأجرة الحبس والسجان على المحبوس ونفقته فى ماله : أى إن كان له مال ظاهر ، وإلا ففى بيت المال ثم على مياسير المسلمين كما هو ظاهر ، فإن لم ينزجر بالحبس ورأى الحاكم ضربه أو غيره فعل ذلك وإن زاد مجموعه على الحد ولا يعزّره ثانيا حتى يبرأ من الأوّل ، وفى تقييده إذا كان لجوجا صبورا على الحبس وجهان أصحهما جوازه إن اقتضته مصلحة ، ولا يأثم المحبوس بترك الجمعة والجماعة ، وللقاضى منع المحبوس منهما إن اقتضته مصلحة ، ومن الاستمتاع بالزوجة ومحادثة الأصدقاء

أما معاند توجه عليه حق وامتنع من أدائه مع القدرة عليه وتعين عقابه طريقا لوصول المستحق لحقه فيجوز عقابه حتى يؤدى أو يموت كما قاله السبكى وشرح المؤلف فى باب الصيال (قوله ولا فرق) سبق فى كتاب الحج عن بعضهم ما يخالف هذا فى دين النفقة (قوله ومن استؤجرت عينه) معطوف على ما قبله من قوله وكالوالد الخ (قوله ولا أبوه) أى كل من الطفل والمجنون لئلا يضيعا (قوله لم يجب بمعاملتهم) أى فإن وجب بمعاملتهم حبسوا والضمير فيه للوصىّ والقيم والوكيل (قوله وأجرة الحبس) عبارة الشارح فى باب القضاء بعد قول المصنف وسجنا لأداء حق ما نصه : وأجرة السجن على المسجون لأنها أجرة المكان الذى شغله ، وأجرة السجان على صاحب الحق وهى مخالفة لما هنا . أقول : ويمكن أن يفرق بينهما بأن الحق ثم ثابت لصاحبه فحبسه لمجرد غرضه فلزمته الأجرة ، والحبس هنا لتقصيره بعدم إقامة البينة التى تشهد بإعساره ، ويصوّر ما هنا بما إذا حبس لإثبات الإعسار فقط وما هناك بما لو ثبت عليه الحق بالفعل وامتنع من أدائه وحبس له (قوله حتى يبرأ من الأوّل) أى فإن خالف وفعل ضمن ما تولد منه (قوله والجماعة) أى إن توقف ظهور الشعار على حضوره (قوله ومن الاستمتاع بالزوجة) قال حج : ولا يلزم الزوجة إجابته إلى الحبس إلا إن كان بيتا لائقا بها لو طلبها للسكنى فيه سيما يظهر

(قوله إن أوصى بها مدة معينة) ظاهره وإن طالت ولا يخفى ما فيه (قوله ليترددوا) انظر ما مرجع الضمير فيه مع أنه لا يتأتى فى المخدرة والمريض (قوله ولا يأثم المحبوس بترك الجمعة) لعله إذا لم يكن قادرا على الوفاء وامتنع عنه عنادا

لا من دخولها لحاجة ؛ وله منعه من شم الرياحين ترفها لا لمرض ونحوه ولا من عمل صنعة فيه ولو مماطلا . ولو حبست امرأة فى دين ولو بإذن زوجها فيما يظهر سقطت نفقتها مدته وإن ثبت بالبينة ، ولا تمنع من إرضاع ولدها ، ويخرج المجنون من الحبس مطلقا والمريض إن فقد ممرضا فإن وجده فلا ، والكلام هنا فى طروّ المرض على المحبوس فلا ينافى مامر من عدم حبس المريض لأنه بالنسبة للابتداء (والغريب العاجز عن بينة الإعسار يوكل القاضى به) وجوبا (من يبحث عن حاله ، فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به) لئلا يتخلد حبسه لو أهمله القاضى ، وبما تقرر علم أنه يحبسه قبل أن يوكل به وهو كذلك وأجرة الموكل به فى بيت المال ، فإن لم يكن ففى ذمته إلى أن يوسر فيما يظهر فإن لم يرض أحد بذلك سقط الوجوب عن القاضى فيما يظهر أيضا . نعم سيأتى أن الجانى إذا لم يكن له مال ولا ثم بيت مال جاز للقاضى أن يقترض له على بيت المال وأن يسخر من يستوفى القود ؛ فقياسه أن له حينئذ أن يقترض وأن يسخر باحثين لئلا يتخلد حبسه وقد علم أن الباحث اثنان ولو وجد مال بيد معسر فأقر به لحاضر رشيد وصدقه أخذه منه كما علم مما مر ولا يحلف أنه لم يواطئه فإن كذبه بطل إقراره وأخذه الغرماء أو لغائب أو غير رشيد معين انتظر مالم يصدقه الولى أو المجهول لم يقبل منه ، ويتفقد الحاكم أيضا حال غير الغريب فلا يعرض عنه لئلا يتخلد حبسه لكن لا يوكل به من يبحث عن حاله .

فصل

فى رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه

(من باع ولم يقبل الثمن حتى حجر على المشترى بالفلس فله فسخ البيع واسترداد المبيع) للخبر المار ، وكون

(قوله لا من دخولها لحاجة) أى الزوجة ومثلها الأصدقاء (قوله ولو حبست) إطلاقه شامل لما لو كان الزوج هو الحابس لها . وفيه كلام فى باب القسم والنشوز فليراجع . قال سم على منهج بعد مثل ماذكره الشارح : وأما إذا حبست هى الزوج فإن كان بحق فلها النفقة أو ظلما فلا اهـ مر اهـ (قوله وإن ثبت بالبينة) وقياس منع الزوجة عن الدخول لزوجها إلا لحاجة منع زوجها كذلك (قوله كما علم مما مر) هو قول المصنف ولو أقرّ بعين أو دين وجب قبل الحجر فالأظهر قبوله فى حق الغرماء (قوله ويتفقد) أى وجوبا .

(فصل) فى رجوع المعامل

(قوله فى رجوع المعامل) أى وفيما يتبع ذلك من حكم مالو غرس الخ ، وكتب أيضا قوله فى رجوع المعامل : أى ببيع أو غيره كالإجارة (قوله ولم يقبض الثمن) أى شيئا منه أخذا مما يأتى فى كلامه ، وكثيرا مايحذفون من الأول لدلالة الثانى عليه (قوله فله فسخ البيع) ولا يحتاج للرفع لقاض كما يؤخذ مما يأتى (قوله للخبر المار) هو قوله صلى الله عليه وسلم « إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء » اهـ . وقوله بعينها : أى

(قوله أن يقترض له على بيت المال) لعل المراد اقتراض أجرة الجلاد حيث لم يكن للجانى مال بقرينة مابعده .

(فصل) فى رجوع المعامل

(قوله للخبر المارّ) لم يمر له خبر فى هذا الخصوص ، وكأنه توهم أنه قدم فى ذلك خبرا ، والخبر المروى فى هذا الخصوص هو خبر الشيخين « إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء » وفى

الثمن لم يقبض يحتاج إلى إضماره فى الخبر ، وفى حكم الحجر بالفلس الموت مفلسا ففى خبر أبى هريرة « أيما رجل أفلس أو مات فصاحب المتاع أحق بمتاعه » ومراده بلم يقبض عدم قبض شىء منه بدليل قوله واسترداد المبيع ، فإن قبض بعضه فسيذكره بعد وكماله استرداد المبيع له استرداد بعضه لأنه مصلحة للغرماء كما يرجع الأصل فى بعض ما وهبه لفرعه ، بخلاف الرد بالعيب لأنه يضرّ بالبائع ، ولو أفلس ولم يحجر عليه أو حجر عليه للسفه فلا رجوع كما أفهمه كلامه . وأفهم أيضا امتناع الفسخ بالبيع الواقع فى حال الحجر مالم يكن جاهلا بحاله كما مر ، وقد يجب الفسخ بأن يقع ممن يلزمه التصرف بالغبطة وهى فى الفسخ كمكاتب وولى ، ومثلهما البائع إذا أفلس وحجر عليه وطلب غرماؤه منه الرجوع على مابحثه بعضهم ، والأوجه خلافه لما مر من أنه لايلزمه الاكتساب (والأصح أن خياره) أى الفسخ أو البائع (على الفور) كالرد بالعيب بجامع دفع الضرر ، والثانى لا كخيار الرجوع فى الهبة وفرق الأول بحصول الضرر هنا بخلاف ذاك ، وعلى الأول لو ادعى جهله بالفورية قبل كالرد بالعيب بل هنا أولى لأنه يخفى على غالب الناس بخلاف ذاك ، ومر الكلام على الرجوع فى القرض وأنه لا فور فيه ، ولو صولح عن الفسخ على مال لم يصح وبطل حقه من الفسخ إن علم لا إن جهل ، ولو حكم بمنع الفسخ حاكم لم ينقض حكمه لأن المسئلة اجتهادية والخلاف فيها قوى ، إذ النص كما يحتمل أنه أحق بعين متاعه يحتمل أنه أحق بثمنه وإن كان الأول أظهر فلا ينافيه قولهم لايحتاج فى الفسخ إلى حاكم لثبوته بالنص (و) الأصح (أنه) أى الفسخ لايحصل (بالوطء والإعتاق والبيع) وتلغو هذه التصرفات لمصادفتها ملك الغير كما لاتكون فسخا فى الهبة للفرع ، والثانى

ولم يقبض الثمن (قوله يحتاج إلى إضماره) أى ليصح الاستدلال به (قوله فى الخبر) أى المذكور (قوله أو مات) أى مفلسا (قوله استرداد بعضه) أى مالم يؤد إلى نقص الباقى (قوله لأنه يضر) أى وهنا لايضر بالمفلس لأن ماله مبيع كله (قوله فى حال الحجر) أى بعده ، وهذا صريح فى صحة البيع ، وهو واضح فيمن يتصرف عن نفسه ، أما الولى ونحوه فينبغى بطلان تصرفه مع المفلس بعد الحجر لأنه على خلاف المصلحة وهى مشروطة فى جواز تصرفه سواء علم بالحجر أو جهل (قوله وهى فى الفسخ) مفهومه أنها إذا كانت فى عدم الفسخ لايجب وهو ظاهر بل لايجوز ، وكذا لايجب لو استوى الأمران (قوله كمكاتب) أى بأن باع لغيره شيئا ثم حجر على المشترى بالفلس فيجب على المكاتب الفسخ رعاية لحق السيد لأنه قن ما بقى عليه درهم (قوله وولى) أى ووكيل عن غيره . قال سم على حج : قد يشكل تصوّر ذلك لأن الولى لايسلم المبيع حتى يقبض الثمن ، ويمكن أن يقال تصوّر المسئلة لايتوقف على قبض المبيع إذ يمكن قبل قبضه لزوم البيع والحجر على المشترى بفلس فيجب حينئذ الفسخ على الولى ثم التصرف فى المبيع للمولى ولولا الفسخ لما تمكن من التصرف فيه اهـ أقول : ويمكن أن يصوّر أيضا بما إذا باع لنفسه ثم حجر عليه بسفه أو جنون وقد سلم المبيع قبل قبض الثمن ثم حجر على المشترى بالفلس فيجب على ولىّ البائع الفسخ (قوله على الفور) وينبغى أن يأتى هنا كل ماقيل فى خيار العيب من عدم تكليفه العدول الخ (قوله بالفورية) وكذا لو ادعى الجهل بالخيار بالأولى (قوله وأنه لا فور فيه) أى فيستثنى من عموم قوله على الفور ، فتى لم يخرج المال عن ملك المقترض جاز للمقرض الرجوع وإن تراخى (قوله لا إن جهل) أى لأن مثله مما يخفى

رواية لهما « من أدرك ماله بعينه عند رجل وقد أفلس فهو أحق به من غيره » (قوله ومر الكلام على الرجوع فى القرض) أى الجارى بعمومه فى المفلس وغيره (قوله لثبوته بالنص) أى لا بالقياس ، فالنص له إطلاقان : ما قابل القياس والإجماع من كلام الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم سواء كان نصا فى المراد أم ظاهرا مثلا ،

يحصل كالبائع فى زمن الخيار ، وفرق الأول بأن ملك المشترى على القول بأنه ملك غير مستقر فجاز الفسخ بما ذكر بخلاف مسئلتنا . ومحل الخلاف إذا نوى بالوطء الفسخ وقلنا بما مر أن هذا الفسخ لايفتقر إلى الحاكم وإلا فلا يحصل به قطعا ، ويحصل الفسخ بنحو فسخت البيع أو رفعته أو نقضته أو أبطلته أو رددت الثمن أو فسخت البيع فيه أو رجعت فى المبيع كما رجحه ابن أبى الدم أو استرجعته كما بحثه الزركشى (وله) أى الشخص (الرجوع) فى عين ماله بالفسخ (فى سائر) المعاوضات التى (كالبيع) وهى المحضة لعموم الخبر المار فخرج بالمعاوضة الهبة ونحوها وبالمحضة وهى التى تفسد بفساد العوض غيرها كالنكاح والصلح عن الدم والخلع فلا فسخ لأنها ليست فى معنى المنصوص عليه لانتفاء العوض فى نحو الهبة ولتعذر استيفائه فى البقية . نعم للزوجة فسخ النكاح بالإعسار كما يأتى ، لكن لايختص ذلك بالحجر ودخل فى الضابط عقد السلم فله فسخه إن وجد رأس ماله ، فإن فات لم يفسخ بل يضارب بقيمة المسلم فيه إن لم ينقطع ثم يشترى له منه بما يخصه إن لم يوجد فى المال لامتناع الاعتياض عنه ، فإن انقطع فله الفسخ لثبوته حينئذ فى حق غير المفلس ففى حقه أولى ، وإذا فسخ ضارب برأس المال وكيفية ذلك إذا لم ينقطع المسلم فيه أن يقوم المسلم فيه فإن ساوى عشرين والديون ضعف المال أفرز له عشرة ، فإن رخص السعر قبل الشراء اشترى له بها جميع حقه إن وفت به وإلا فبعضه

(قوله بأنه ملك) أى على المرجوح (قوله بالوطء) وإذا قلنا بعدم الفسخ به هل يجب مهر عليه أو لا ؟ الظاهر الأول لبقاء الموطوءة على ملك المفلس ، ولا حد عليه أيضا للخلاف فى أنه يحصل به الفسخ أولا (قوله وقلنا بما مر) يشعر بأن فيه خلافا وهو كذلك ، وعبارة المحلى : ولا يفتقر إلى إذن الحاكم فى الأصح ، وقوله بما مر : أى فى قوله لايحتاج فى الفسخ إلى حاكم (قوله كما رجحه ابن أبى الدم) أى فى رجعت فى المبيع (قوله كما بحثه الزركشى) أى فى استرجعته هذا صريح فى صحة البيع وهو واضح فيمن يتصرف عن نفسه ، أما الولى ونحوه فينبغى بطلان تصرفه مع المفلس بعد الحجر لأنه على خلاف المصلحة ، وهى مشروطة فى جواز تصرفه سواء علم بالحجر أو جهل (قوله التى كالبيع) أشار به إلى أن الكاف تمثيلية لاتنظيرية وإلا لدخل الصداق وعوض الخلع ، ويصح أن تعرب قوله كالمبيع حالا فلاحاجة إلى تقدير (قوله الخبر المار) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل أفلس أو مات فصاحب المتاع أحق بمتاعه » (قوله الهبة) أى بلا ثواب كأن وهبه عينا وأقبضها له (قوله ونحوها) كالإباحة والهدية والصدقة مثلا (قوله كالنكاح) كأن تزوج امرأة بصداق فى ذمته ثم حجر عليه فلا فسخ ، وكذا لو أصدقها معينا ثم حجر عليه فإنها تملكه بنفس العقد فتطالب بعد الحجر (قوله المنصوص عليه) أى فى غير هذا الحديث الذى ذكرناه (قوله نعم للزوجة) استدراك على عموم قوله فلا فسخ بغير المحضة (قوله بالإعسار) أى بالمهر أو النفقة وهل لها الفسخ بالمهر بمجرد الحجر أو يمتنع الفسخ مادام المال باقيا إذ لايتحقق غيره إلا بقسمة أمواله ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى إذ من الجائز حدوث مال له أو براءة بعض الغرماء له أو ارتفاع بعض الأسعار ، وأما الفسخ بالنفقة فينبغى أنه ليس لها ذلك إلا بعد قسمة أمواله ومضى ثلاثة أيام بعد ذلك كما يأتى فى النفقات (قوله فإن فات) أى رأس المال (قوله فإن انقطع) أى بعد الحلول وإلا فلا (قوله لثبوته) أى الفسخ (قوله حينئذ) أى حين انقطع المسلم فيه (قوله فإن ساوى) أى المسلم فيه (قوله والديون ضعف المال)

وما قابل الظاهر والمحتمل (قوله ومحل الخلاف) أى فى الوطء بقرينة مابعده ، أما الإعتاق والبيع فالخلاف جار فيهما مطلقا (قوله لعموم الخبر المار) أى خبر أبى هريرة

وإن كان متقوّما فإن فضل شيء فللغرماء، وإنما اشترى منه الجميع لأن ما أفرز له صار كالمرهون بحقه وانقطع به حقه من حصص غيره حتى لو تلف قبل أخذه له لم يتعلق بشيء مما أخذه الغرماء، ولو ارتفع السعر لم يزد على ما أفرز له لما ذكر ، ولو تلف بعض رأس المال وكان مما يفرد بالعقد رجع بباقيه وضارب بباقي المسلم فيه ودخل فيه أيضا عقد الإجارة ، فإذا أفلس قبل تسليم الأجرة الحالة ومضى المدة فللمؤجر الفسخ إذ المنافع كالأعيان ، فإن أجاز ضارب بكل الأجرة وإن فسخ أثناء المدة ضاربهم ببعضها ، ويؤجر الحاكم على المفلس العين المؤجرة لأجل الغرماء ، أما إذا كان الحال بعض الأجرة كما في الإجارة المستحق فيها أجرة كل شهر عند مضيه فلا فسخ فيها لما يأتي من أن شرطه كون العوض حالا والمعوض باقيا فلا يتأتى الفسخ قبل مضى الشهر لعدم الحلول ولا بعده لفوات المنفعة . نعم إن كان بعض الأجرة مؤجلا فله الفسخ في الحال بقسطه فيما يظهر ، ولو أفلس المستأجر في مجلس إجارة الذمة فإن أثبتنا خيار المجلس فيها استغنى به وإلا فله الفسخ كإجارة العين ، وإن أفلس مؤجر عين قدم المستأجر بمنفعتها أو ملتزم عمل والأجرة في يده فللمستأجر الفسخ ، فإن تلفت ضارب بأجرة المثل كنظيره في السلم ولا تسلم إليه حصته منها بالمضاربة لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه إذ إجارة الذمة سلم في المنافع بل يحصل له بعض المنفعة الملتزمة إن تبعضت بلا ضرر كحمل مائة رطل وإلا كقصارة ثوب وركوب إلى بلد ولو نقل لنصف الطريق لبقي ضائعا فسخ وضارب بالأجرة المبذولة ، فلو سلم له الملتزم عينا ليستوفى منها قدم بمنفعتها كالمعينة في العقد (وله) أي للرجوع في المبيع وما ألحق به (شروط منها كون الثمن حالا) عند الرجوع ولو

أي فلو كان المال مائة والديون التي منها المسلم فيه مائتين أخذ كل من أرباب الديون نصف دينه وإذا قسم كذلك خص المسلم عشرة (قوله وإن كان) غاية لقوله اشترى له (قوله مما أخذه الغرماء) أي ويكون حقه باقيا في ذمة المفلس (قوله لما ذكر) أي في قوله لأن ما أفرز له الخ (قوله وكان مما يفرد بالعقد) أي كعبدين واحترز به عما لو تلفت يد العبد فيتخير على ما يأتي (قوله فإذا أفلس) أي المستأجر (قوله الحالة) أي جميعها لما يأتي في قوله أما إذا كان الخ (قوله فإن أجاز) أي المؤجر (قوله ببعضها) وهو قسط مامضى لاستيفاء المفلس منفعته (قوله ويؤجر الحاكم الخ) أي حيث لم يفسخ المؤجر أو كان المفلس دفع الأجرة قبل الحجر (قوله عند مضيه) خرج به مالو قال عند أوله فله الفسخ (قوله فلا فسخ) أي يتعذر (قوله من أن شرطه) أي الفسخ (قوله فلا يتأتى الفسخ) أي في الإجارة المذكورة في قوله أما إذا كان الحال الخ (قوله نعم إن كان له) استدراك على قوله أما إذا كان الحال الخ (قوله فله الفسخ) أي المؤجر (قوله فإن أثبتنا خيار المجلس فيها) أي على المرجوح (قوله وإلا فله الفسخ) أي للمؤجر الفسخ بسبب الحجر ولا يمنع من تمكنه من مفارقة المجلس قبل قبض الأجرة فينفسخ العقد (قوله قدم المستأجر) أي لأنه استحقها بالعقد سواء تسلمها من المؤجر أم لا (قوله عمل) أي في زمنه بخلاف أجير العين إذا أفلس بعد قبضه الأجرة فلا فسخ للمستأجر إذ لا تعلق للغرماء بعين المفلس (قوله والأجرة في يده) أي بأن قبضها وبقيت في يده (قوله ولا تسلم إليه) أي المستأجر (قوله فلو سلم له) أي فلو لم يسلمها فإن كانت الأجرة باقية فله الفسخ ويسترد الأجرة ، وإن لم تكن باقية ضارب بأجرة المثل للمنفعة ويستأجر له مايستوفى منه بعض المنفعة إن تأتى على مامر (قوله عينا) أي قبل الحجر عليه (قوله وما ألحق به) أي مما عبر عنه بقوله وسائر

(قوله وإن كان متقوّما) دفع به توهم أنه لايشترى له بعض متقوّم كعبد مثلا لضرر الشركة بل يدفع له ما خصه من الدراهم مثلا (قوله وكان مما يفرد بالعقد) سيأتي مفهومه عند قول المصنف ولو تعيب (قوله وإلا فله الفسخ) أي والصورة أنهما في المجلس لكن الفسخ من حيث تعذر التسليم ، ومعلوم أنهما لو تفرقا انفسخت لفوات التسليم في المجلس الذي هو شرطها (قوله فلو سلم له الملتزم عينا)

مؤجلا قبله فلا رجوع فيما كان مؤجلا ولم يحل إذ لا مطالبة به فى الحال . فقول الشارح وكذا بعده على وجه صححه فى الشرح الصغير هو الأصح (و) منها (أن يتعذر حصوله) أى الثمن (بالإفلاس) أى بسببه (فلو انتفى) الإفلاس (وامتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب) عطف على امتنع أو مات مليا وامتنع الوارث من التسليم (فلا فسخ فى الأصح) لإمكان التوصل بالحاكم . فإن فرض عجز فنادر لا اعتبار به ، والثانى يثبت لتعذر الوصول إليه حالا وتوقعه مآلا فأشبه المفلس واحترز أيضا بالإفلاس عن تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن لجواز الاعتياض عنه وما استشكل به من أن المعقود عليه إذا فات جاز الفسخ لفوات المقصود منه ؛ ومن أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضى التخيير . وإذا جاز الفسخ بفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه فلفوات الجنس أولى رد بأن الملك ههنا قوى إذ العوض فى الذمة فبعد الفسخ وهناك الملك ضعيف . إذ صورة المسئلة أن المعقود عليه معين وأنه فات بإتلاف الأجنبى قبل القبض فساغ الفسخ بل فيها قول إن العقد ينفسخ كالتلف بآفة سماوية . وأفهم كلامه أنه لو كان بالثمن ضامن ملئ مقر أو عليه بينة يمكن الأخذ بها لم يرجع ؛ وهو كذلك سواء أضمنه بإذنه أولا على أوجه الوجهين فى الروضة كأصلها ، وبه جزم ابن المقرى فى روضه وإن اقتضى كلامه فى الإرشاد خلافه لإمكان الوصول إلى الثمن من الضامن فلم يحصل التعذر بالإفلاس . وقول الزركشى الظاهر ترجيح الرجوع أخذا من النص على أنه لو أفلس الضامن والأصيل وأراد الحاكم بيع مالهما فى دينهما فقال الضامن أبدأ بمال الأصيل وقال رب الدين أبيع مال أيكما شئت بدينى ، فإن كان الضمان بالإذن أجيب الضامن والأقرب الدين رده الشيخ بأن المدرك هنا تعذر أخذ الثمن ولم يتعذر وثم شغل ذمة كل من الضامن والأصيل مع عدم الإذن فى الضامن ، أما لو كان الضامن معسرا أو جاحدا ولا بينة فيرجع كما رجحه الأذرعى وغيره لتعذر الثمن بالإفلاس ، ولو كان

المعاوضات كالبيع (قوله مؤجلا قبله) أى الحلول (قوله أن يتعذر حصوله) لو حصل مال باصطياد وأمكن الوفاء به مع المال القديم قال الغزالى : لا رجوع ، ونسبه ابن الرفعة لظاهر النص اهـ ع . ومثل الاصطياد ارتفاع الأسعار أو الإبراء من بعض الدين (قوله عطف على امتنع) دفع به توهم عطفه على يساره فيفيد أنه لابد من الامتناع مع الهرب فلا يكفى الهرب وحده وليس مرادا (قوله لا اعتبار به) أى فلا يغير الحكم لأجله فيمتنع الفسخ (قوله وما استشكل به) أى عدم الفسخ بانقطاع جنس الثمن (قوله أن المعقود عليه) أى المبيع المعين (قوله إذا فات) أى بالتلف (قوله حتى يقتضى التخيير) أى إن كان بإتلاف أجنبى كما يأتى (قوله وهناك) أى فى قوله ومن إتلاف الثمن الخ (قوله بل فيها) أى فى مسئلة إتلاف الأجنبى (قوله وأفهم كلامه) أى قوله وأن يتعذر حصوله (قوله أو عليه) أى الضامن (قوله وقول الزركشى) جواب عما أورده الزركشى على قوله السابق سواء أضمنه بإذن أم لا (قوله الظاهر ترجيح الرجوع) أى إذا ضمن بلا إذن (قوله أما لو كان) محترز قوله السابق

أى قبل الحجر كما هو ظاهر (قوله فقول الشارح وكذا بعده الخ) عبارته بعد قول المتن حالا نصها فى الأصل : أو حل قبل الحجر وكذا بعده على وجه الخ (قوله والثانى يثبت الخ) عبارة الجلالى والثانى له الفسخ كما فى المفلس بجامع تعذر الوصول إلى حقه حالا مع توقعه مآلا (قوله على أوجه الوجهين) متعلق بقوله أولا خاصة ، فالوجهان مفروضان فى الضمان بلا إذن ، وكذلك كلام الزركشى الآتى كما يعلم بمراجعة شرح الروض وغيره (قوله أخذا من النص على أنه لو أفلس الضامن والأصيل الخ) وجه شهادة النص لما ذكره الزركشى أنا فى حالة عدم الإذن رجعنا إلى قول رب الدين فى التخيير فى البداءة بمال أيهما شاء فقياسه أن يرجع إليه هنا أيضا

بالعوض رهن يفى به ولو مستعارا كما رجحه الأذرعى وغيره أيضا لم يرجع لما مر ، فإن لم يف به فله الرجوع فيما يقابل ما بقى له وله الرجوع بالشروط السابقة الآتية (ولو قال الغرماء) أى غرماء المفلس أو قال وارثه لمن له حق الفسخ (لاتفسخ ونقدمك بالثمن فله الفسخ) ولا تلزمه الإجابة للمنة وخوف ظهور مزاحم سواء الحى والميت وقول الزركشى يلزم الدائن قبول التبرّع عن الميت أو إبراؤه ليأسه عن القضاء بخلاف الحىّ مردود بأنه لا يلاقى ما نحن فيه من أن ربّ المتاع أحق بمتاعه ، ويفارق ما تقرر من عدم لزوم القبول مالو قال الغرماء للقصار لاتفسخ ونقدمك بالأجرة فإنه يجبر لأنه لاضرر عليه بفرض ظهور غريم آخر لتقدمه عليهم ، ولو أجاب المتبرع فظهر غريم آخر لم يزاحمه لأن ما أخذه وإن دخل فى ملك المفلس على القول به لكن دخوله ضمنى وحقوق الغرماء إنما تتعلق بما دخل فى ملكه أصالة مع أن الأصح عدم دخوله فى ملكه أو غير المتبرع فلمن ظهر مزاحمته ولا رجوع له فى شيء من العين لو بقيت على أوجه احتمالين ، وإن اقتضى كلام الماوردى الآتى ببادئ الرأى خلافه لأنه مقصر حيث أخر حق الرجوع مع احتمال ظهور مزاحم له . ويؤخذ من التعليل أنه فى العالم بالمزاحمة وليس كذلك . ولو أعطاه وارث المبيع الثمن من ماله امتنع عليه الفسخ خلافا للماوردى وغيره لأنه خليفة المورث فله تخليص المبيع

ملئ مقر الخ (قوله لما مر) أى من عدم تعذر الثمن (قوله وله الرجوع) متعلق بما بعده من قوله ولو الخ (قوله ولو قال) غاية والفاء فى قوله فله الفسخ تفريعية (قوله ونقدمك بالثمن) أى من التركة أخذا من قوله الآتى ولو أعطاه الخ (قوله سواء الحى والميت) أى سواء فى ذلك الحىّ والميت (قوله ليأسه) أى الدائن (قوله لاتفسخ) أى عقد الإجارة . وصورة المسئلة أنه لم يفعل المستأجر عليه وهو القصارة أو يصور ذلك بما لو قصر بالفعل وزاد الثوب بسبب القصارة فإنه شريك بالزيادة ، ونقل بالدرس عن شيخنا الزيادى تصويره بالصورة الثانية (قوله ولو أجاب المتبرع) أى الذى أدى من ماله لا من التركة وارثا كان المتبرع أو غيره (قوله على القول) أى المرجوح (قوله فى ملكه) أى المفلس (قوله أو غير المتبرع) أى من الوارث أو الغرماء (قوله ولا رجوع له) وينبغى أن مثل ذلك فى عدم الرجوع ما لو عنّ للغرماء بعد سؤالهم وإجابته لهم بتركه الفسخ عدم تقديمهم لما ذكره من تقصيره إجابتهم سواء علم جواز رجوعهم أم لا أخذا من قوله بعد ويؤخذ من الخ (قوله ببادئ الرأى) أى أول النظر (قوله ظهور مزاحم) ظاهره وإن جهل مزاحمته ومن ثم قال ويؤخذ من التعليل (قوله وليس كذلك) أى فلا فرق بين العالم والجاهل (قوله ولو أعطاه وارث المبيع) أى من ورث المبيع ، ثم رأيت فى نسخ المشترى (قوله من ماله) أى نفسه (قوله امتنع عليه الفسخ) لايقال : هذا مناف لقوله أو لا أو قال وارثه لمن له حق الفسخ لاتفسخ ونقدمك الخ . لأنا نقول : ذاك مفروض فيما إذا قال الوارث نقدمك من التركة وما هنا فيما لو قال أقضى

فى اختيار الفسخ (قوله وقول الزركشى يلزم الدائن الخ) كلام الزركشى هذا فيما إذا تبرع الغريم أو الأجنبى عن الميت لا فيما إذا قالوا نقدمك من التركة كما يعلم بمراجعة شرح الروض وكأن مسئلة التبرع سقطت من الشارح من الكتبة بدليل التعريف فى قوله الآتى ولو أجاب المتبرع ، ويدل عليه أيضا أنه مساير للروض وشرحه هنا وهما قد ذكرا مسئلة التبرّع عقب المتن (قوله المبيع المفلس (١)) كذا فى النسخ ولعل المبيع محرف عن الميت .

---

(١) (قول المحشى المبيع المفلس) ليس موجودا بنسخ الشرح اه مصححه .

ولأنه يبغى بذلك بقاء ملكه إذ التركة ملكه فأشبه فك المرهون وفداء الجانى بخلاف الأجنبى . وشمل ذلك ما إذا لم يكن للمشترى تركة ، فإن كان المدفوع من التركة لم يمتنع الفسخ خوفا من ظهور مزاحم ، ولو قدم الغرماء المرتهن بدينه سقط حقه من المرهون بخلاف البائع كما تضمنه كلام الماوردى ، وعليه فالفرق أن حق البائع آكد لأنه فى العين وحق المرتهن فى بدلها (و) منها (كون المبيع) أو نحوه (باقيا فى ملك المشترى) للخبر المار (فلو فات ملكه) عنه حسا كالموت أو حكما كالعتق والوقف والبيع والهبة (أوكاتب العبد) أو الأمة كتابة صحيحة (فلا رجوع) لخروجه عن ملكه فى الفوات وفى الكتابة هو كالخارج عن ملكه وليس للبائع فسخ هذه التصرفات ، بخلاف الشفيع لسبق حقه عليها لأن حق الشفعة كان ثابتا حين تصرف المشترى لأنه يثبت بنفس البيع ، وحق الرجوع لم يكن ثابتا حين تصرف لأنه إنما يثبت بالإفلاس والحجر . نعم لو أقرضه المشترى لغيره وأقبضه إياه ثم حجر عليه أو باعه وحجر عليه فى زمن الخيار فللبائع الرجوع فيه كالمشترى ، ذكره الماوردى . ويؤخذ منه أن صورتها أن يكون الخيار لبائعه أو لهما وهو كذلك . قال البلقينى : ويتخرج عليه مالو وهب المشترى المتاع لولده وأقبضه له ثم أفلس فللبائع الرجوع فيه كالواهب له . قال : ويلزم على ماقاله الماوردى أنه لو باعه المشترى لآخر ثم أفلسا وحجر عليهما كان للبائع الأول الرجوع ولا بعد فى التزامه اه . ويدل على صحة ماذكر أنه لو وهب لأجنبى ولم يقبضه لكان للبائع الرجوع صرح به الماوردى ، لكن هنا لم يملك الموهوب له فى هذه الصورة تلك العين ولم

دينى من مالى (قوله ولأنه يبغى) أى يريد (قوله وشمل ذلك) أى إجابة الوارث (قوله سقط) أى فتجب عليه إجابتهم لما طلبوه منهم (قوله حقه) أى المرتهن (قوله بخلاف البائع) أى فيقدم بالمبيع بأن يمكن من الفسخ ولا يباع من جملة أمواله (قوله وحق المرتهن فى بدلها) أقول : إن كان لو ظهر غريم زاحم المرتهن أشكل سقوط حقه ولم يتضح الفرق اه سم على منهج . لكن الظاهر عدم مزاحمته لأن حق المرتهن مقدم على الغرماء فلم يفوتوا بتقديم المرتهن شيئا حتى يرجع به عليه كما قيل فى مسئلة القصار المارة (قوله فى ملك المشترى)هو ظاهر فيما لو اتفقا على بقائه ، فلو اختلفا فى البقاء وعدمه هل يصدق المشترى أو البائع فيه نظر والأقرب تصديق المشترى فى عدم بقائه إذا كان مما يستهلك كالأطعمة وإلا كلف بينة على عدم بقائه ، فإن لم يقمها صدق البائع فله الفسخ (قوله بخلاف الشفيع) أى حيث قلنا له فسخ التصرف الصادر من المشترى وإعادة الشقص إلى ملكه ليأخذه منه بالشفعة (قوله لسبق حقه عليها) أى التصرفات (قوله ثم حجر عليه) أى المشترى (قوله فى زمن الخيار) أى للبائع أو لهما كما يأتى (قوله فللبائع) أى بائع المفلس (قوله كالمشترى) أى وهو المفلس (قوله ويتخرج عليه) أى كلام الماوردى (قوله وحجر عليهما) أى على المشترى (قوله ويدل على صحة ماذكر) أى من أنه لو باعه المشترى لآخر ثم الخ

(قوله وعليه فالفرق أن حق البائع آكد) قال الشهاب سم : وأقول : إن كان لو ظهر غريم زاحم المرتهن أشكل سقوط حقه ولم يتضح الفرق اه . وقد سبقه إلى التنظير فيه العلامة الأذرعى (قوله للخبر المار) فيه مامر (قوله أو حكما كالعتق الخ)لايخفى أن فوات الملك فى العتق والبيع والهبة حسى لا حكمى ، فلو عبر بقوله أو شرعا بدل قوله أو حكما أو أبقى المتن على ظاهره من رجوع الضمير فى فات إلى ذات المبيع لكان واضحا . نعم فوات الملك فى الكتابة حكمى ومن ثم كان معطوفا على فات (قوله لخروجه عن ملكه فى الفوات) أى حقيقة وحسا كما علم مما قدمناه (قوله أن يكون الخيار لبائعه) يعنى المفلس . ولو أضمر لكان أظهر (قوله ويلزم على ما قاله الماوردى) أى فى مسئلة القرض إذ هى التى خرج فيها عن ملك المفلس لأن القرض يملك بالقبض فهى التى توافق ماهنا بخلاف مسئلة الخيار

تخرج عن ملك المشترى بحال . قال الأذرعى : الرجوع فيما وهبه لولده وأقبضه بعيد . ولعل من اختاره فى القرض بناه على أنه لايملك إلا بالتصرف . اهـ وأفاده الوالد رحمه الله تعالى أن الراجح فى مسئلة القرض عدم الرجوع ، وفى المسائل الثلاث عدم الرجوع إن كان الخيار للمشترى فى الثانية وإلا ففى الأولى والثالثة ، وقد ذكر الرافعى فى نظير المسئلة من الصداق أن للزوج الرجوع إن قلنا الملك فى زمن الخيار للبائع وإن قلنا للمشترى فلا ، فلو زال ملك المشترى عن المبيع ثم عاد له ولو بعوض وحجره باق أو حجر عليه لم يرجع بائعه كما رجحه فى الروضة وهو المرجح فى نظيره من الهبة للولد وإن صح فى الشرح الصغير الرجوع وأشعر كلام الكبير برجحانه ، وادعى الأسنوى أنه الأصح ، وعليه فلو عاد الملك بعوض ولم يوفّ الثمن إلى بائعه الثانى فهل الأول أولى لسبق حقه أو الثانى لقرب حقه أو يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن إن تساوى الثمنان ؟ فيه أوجه فى الشرح والروضة بلا ترجيح ، رجح منها ابن الرفعة الثانى وبه قطع المـاوردى وابن كج وغيرهما ، والاستيلاد كالكتابة كما فى الروضة كأصلها . وما وقع فى فتاوى المصنف من الرجوع لعله غلط من ناقله عنه فإنه قال فى التصحيح : إنه لا خلاف فى عدم الرجوع فى الاستيلاد ، ومنها أن لا يتعلق بالمبيع حق لازم كرهن مقبوض وجناية توجب مالا معلقا بالرقبة ، فلو زال التعلق جاز الرجوع ، وكذا لو عجز المكاتب فلو قال البائع للمرتهن أنا أدفع إليك حقك وآخذ عين مالى فهل يجبر المرتهن أولا ؟ وجهان . قال الأذرعى : ويجب طردهما فى المجنى عليه ، وقياس المذهب ترجيح المنع ، ولو كان العوض صيدا والبائع محرم امتنع الرجوع لانتفاء أهليته لتملكه حينئذ ، وعبارة المصنف فى تصحيحه لم يرجع مادام محرما فاقتضت جواز رجوعه إذا حلّ من إحرامه ولم يبع لحق الغرماء .

(قوله إن كان الخيار للمشترى) وقد علم التقييد بما ذكر فى الثانية من قوله السابق ويؤخذ منه أن صورتها الخ (قوله وإلا) أى وإن لم يكن الخيار للمشترى بأن كان للبائع أو لهما ، وقوله ففى الأولى : أى من المسئلتين الباقيتين بعد الثانية وهى مالو وهب المشترى المتاع لولده وإلا فالراجح عدم الرجوع فى الأولى والثالثة (قوله والثالثة) أى مما بعد القرض وهى مالو باعه المشترى لآخر ثم أفلسا (قوله وهو المرجح فى نظيره) معتمد (قوله وعليه) أى وعلى ماصححه فى الشرح الصغير وهو مرجوح (قوله والاستيلاد) أى الحاصل قبل الحجر ، أما الحاصل بعده فلا ينفذ كما تقدم (قوله لعله غلط) أى أو يحمل على الاستيلاد بعد الحجر (قوله ترجيح المنع) أقول : ترجيح المنع هنا لاينافيه ماتقدم من أن الغرماء لو قدموا المرتهن بدينه سقط حقه من المرهون ، وذلك لأن فى دفع البائع منة قوية وتقديم الغرماء لامنة فيه أو فيه منة ضعيفة لتعلق حق المرتهن بالمـال المقدم منه أيضا اهـ سم على حج (قوله والبائع) أى والحال (قوله امتنع الرجوع) أى ولو فعل لم ينفذ (قوله ولم يبع) الواو للحال ، وهو يفيد أنه لو باعه القاضى

(قوله المسائل الثلاث) يعنى مسائل القرض والخيار والهبة للولد بقرينة بقية كلامه وسكت عما بعد ذلك (قوله وإلا ففى الأولى والثالثة) أى وإلا فعدم الرجوع فى الأولى والثالثة وفهم الشيخ فى الحاشية أن المراد وإلا فالرجوع فى الأولى والثالثة . ولهذا تكلف فى مراد الشارح بالأولى والثالثة بما هو فى حاشيته مما يأباه السياق . واعلم أن قول الشارح وإلا ففى الأولى والثالثة قضية اتفاقية كقولك إن كان الإنسان ناطقا فالحمار ناهق ، إذ عدم الرجوع فى الأولى والثالثة ثابت سواء أكان الخيار فى الثانية للمشترى أم لغيره ولا ملازمة بينهما (قوله وقياس المذهب) هو من كلام الأذرعى (قوله ولو كان العوض) يعنى المبيع

وهو كذلك وقال البلقيني: إنه قياس الفقه. ولو كان المبيع كافرا فأسلم فى يد المشترى والبائع كافر رجع كما جزم به المحاملى وغيره وهو نظير الرد بالعيب لما فى المنع منه من الضرر بخلاف الشراء، وقد جزم به ابن المقرى فى أوائل البيع والفرق بينه وبين الصيد قرب زوال المانع فيه بخلاف هذه ، وأيضا فالعبد المسلم يدخل فى ملك الكافر ولا يزول بنفسه قطعا. بخلاف الصيد مع المحرم فلا فائدة فى الرجوع (ولا يمنع) الرجوع (التزويج) ولا التدبير ولا تعليق العتق ولا الإجارة بناء على جواز بيع المؤجر وهو الأصح فيأخذه مسلوب المنفعة إن شاء ولا يرجع بأجرة المثل لما بقى من المدة كما يفهمه كلام ابن الرفعة ، وإن شاء ضارب وأفرد التزويج بالذكر مع كونه من جملة العيوب المشار إليها فى كلامه الآتى لعدم مجىء ماسيفصله فيها من حصوله بآفة أو فعل المشترى أو غيره ، وقد علم مما تقرر أن شروط الرجوع تسعة : أولها كونه فى معاوضة محضة كبيع ثانيها رجوعه عقب علمه بالحجر . ثالثها كون رجوعه بنحو فسخت البيع كما مر . رابعها كون عوضه غير مقبوض فلو كان قبض منه شيئا ثبت الرجوع بما يقابل الباقى . خامسها تعذر استيفاء العوض بسبب الإفلاس . سادسها كون العوض دينا فلو كان عينا قدم بها على الغرماء . سابعها حلول الدين . ثامنها بقاؤه فى ملك المفلس . تاسعها عدم تعلق حق لازم به ، ولو كان المبيع شقصا مشفوعا ولم يعلم الشفيع بالبيع حتى أفلس مشترى الشقص وحجر عليه أخذه الشفيع لا البائع لسبق حقه وثمنه للغرماء كلهم يقسم بينهما بنسبة ديونهم (ولو تعيب) المبيع بأن حصل فيه نقص لا يفرد بعقد (بآفة) سماوية سواء أكان النقص حسيا كسقوط يد أم لا كنسيان حرفة (أخذه) البائع (ناقصا أو ضارب) الغرماء (بالثمن) كما لو تعيب المبيع قبل قبضه فإن للمشترى أخذه ناقصا أو تركه ، وكالأب إذا رجع فى الموهوب لولده وقد نقص ، وهذا مستثنى من قاعدة ما ضمن كله ضمن بعضه ، ومن ذلك الشاة المعجلة فى الزكاة إذا وجدها تالفة يضمنها أو ناقصة يأخذها بلا أرش ، وعللوه بأنه نقص حدث فى ملكه فلم يضمنه كالمفلس وقد يضمن البعض ولا يضمن الكل وذلك فيما لو جنى على مكاتبه ، فإن قتله لم يضمنه أو قطع عوضه ضمنه (أو بجناية أجنبى) تضمن جنايته ولو قبل القبض (أو البائع) بعد القبض (فله أخذه ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة) إليها الذى استحقه المفلس فلو كانت قيمته سليما

فى زمن إحرام البائع نفذ بيعه والأصل فيما ينفذ من القاضى جوازه . ولو أراد البائع فسخ بيع القاضى لم ينفذ كما شمله قوله السابق وليس للبائع فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع الخ ، ولو قيل بجواز فسخ البائع فى هذه الحالة ونفوذه لم يبعد لأنه ثبت له جواز الفسخ بالحجر ، وإنما امتنع فسخه للإحرام وقد زال فأشبه مالو منع الشفيع من الأخذ لعارض ثم زال بعد تصرف الشريك الحادث وهو له فسخ الفسخ (قوله وهو كذلك) أى ويكون الإحرام عذرا فى التأخير (قوله الفقه) أى مسائل المذهب (قوله ولا يزول) أى الملك (قوله فيأخذه) أى البائع (قوله كما يفهمه كلام ابن الرفعة)أى لأنه رجع باختياره (قوله لسبق حقه) أى الشفيع (قوله ناقصا) أى بلا أرش (قوله أو ضارب) أى شارك الغرماء الخ (قوله إذا وجدها) أى المالك) قوله يضمنها) أى الفقير (قوله حدث فى ملكه) أى الآخذ (قوله الذى استحقه المفلس) أى ولو لم يأخذه من الجانى بائعا كان أو غيره

(قوله سادسها كون العوض دينا) يعنى الثمن : أى بخلاف مالو كان عينا بأن اشترى منه المفلس هذا العبد بهذا الثوب فهو مقدم بالثوب على الغرماء (قوله الذى استحقه المفلس) الضمير يرجع إلى نقص القيمة . والحاصل أن البائع يرجع بالأرش وهو جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة مانقصه العيب من القيمة إليها والمفلس يرجع عليه بنقص القيمة ، وقد يؤدى الحال إلى التقاص ولو فى البعض كما نبه عليه الشهاب سم

مائة ومعيبا تسعين رجع بعشر الثمن أما الأجنبي الذى لاتضمن جنايته كحربي فجنايته كالآفة وكذا البائع قبل القبض (وجناية المشترى كآفة فى الأصح) من طريقين والثانى أنها كجناية الأجنبي والطريق الثانى القطع بالثانى (ولو) تلف مايفرد بعقد كأن (تلف أحد العبدين) مثلا المبيعين صفقة واحدة .(ثم أفلس) وحجر عليه ولم يقبض البائع شيئا من الثمن (أخذ الباقى وضارب بحصة التالف) لأنه ثبت له الرجوع فى كل منهما ، بل لو كانا باقيين وأراد الرجوع فى أحدهما مكن ذلك كما مرت الإشارة إليه ، وقوله ثم أفلس ليس بقيد ، فلو تلف أحدهما بعد فلسه كان الحكم كذلك (فلو كان قبض بعض الثمن رجع فى الجديد) على ما يأتى بيانه لأن الإفلاس عيب يعود به كل العين فجاز أن يعود به بعضها ، كالفرقة فى النكاح قبل الدخول يعود بها جميع الصداق إلى الزوج تارة وبعضه أخرى (فإن تساوت قيمتهما وقبض نصف الثمن أخذ الباقى بباقى الثمن) ويكون ما قبضه فى مقابلة غير المأخوذ كما لو رهن عبدين بمائة وأخذ خمسين وتلف أحد العبدين كان الباقى مرهونا بما بقى من الدين (وفى قول) مخرج (يأخذ نصفه بنصف باقى الثمن ويضارب بنصفه) وهو ربع الثمن ويكون المقبوض فى مقابلة نصف التالف ونصف الباقى ، وصحح فى الروضة طريقة القطع بالأول والقديم لايرجع به بل يضارب بباقى الثمن لأنه قد ورد فى الحديث « وإن كان قد قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء » رواه الدارقطنى ، وأجيب بأنه مرسل ، ولا يختص ماذكره المصنف بالتالف فإنه لو قبض بعض الثمن ولم يتلف من المبيع شيء جرى القولان ، فعلى الجديد يرجع فى المبيع بقسط الباقى من الثمن فلو قبض نصفه رجع فى النصف ، قاله المتولى ، وعلى القديم يضارب (ولو زاد المبيع زيادة متصلة كسمن وتعلم صنعة) وكبر شجرة وثمرة لم تؤبر فى يده (فاز البائع بها) من غير شيء يلزمه لها ، وهذا ما رجحه الرافعى فى الشرح الصغير واعتمده الأذرعى ونقله فى البيان عن الأصحاب ونص عليه فى الأم ، لكن ذكر الشيخان بعد أن المشترى يكون شريكا بالزيادة واعتمده الأسنوى ، وجمع الزركشى وغيره بحمل الأول على ما إذا تعلم بنفسه لأنه حينئذ كالسمن بجامع أن لاصنع للمفلس فيهما . والثانى على ما إذا تعلم بواسطة المفلس للقاعدة الآتية أنه حيث فعل المبيع مايجوز الاستئجار عليه كان شريكا بنسبة الزيادة ، وعبارتهما تصرح بهذا الجمع فإنهما عبرا هنا بالتعلم مصدر تعلم بنفسه وثم بالتعلم مصدر علمه غيره . وكذا حكم الزيادة فى سائر الأبواب إلا فى الصداق فإن المطلق قبل الدخول لايرجع فى نصف الزائد إلا برضا الزوجة كما سيأتى ، والفرق أن البائع يرجع بطريق الفسخ للعقد فكأنه لم يوجد ، ولو تغيرت صفة البيع كأن زرع الحب فنبت قال الأسنوى : فالأصح على ما يقتضيه كلام الرافعى أنه يرجع ، وجزم به ابن المقرى وأفتى به الشيخ رحمه الله تعالى . قال الأسنوى :

(قوله أخذ الباقى) أى جوازا اهـ سم (قوله كما مرت الإشارة إليه) أى فى قوله وكماله استرداد المبيع له استرداد بعضه (قوله إلى الزوج تارة) أى فيما لو فسخت بعيبه أو فسخ بعيبها (قوله وبعضه) أى فيما لو طلق (قوله فإن تساوت قيمتهما) أى والعبرة فى قيمة الباقى بأكثر الأمرين من وقت العقد والقبض وفى التالف بأقلهما ، ثم رأيت حج صرح به (قوله وأخذ) أى المرتهن (قوله وإن كان) فاعل ورد (قوله وهذا ما رجحه الرافعى) أى فى التعلم فقط على مايشعر به الجمع الآتى (قوله وجمع الزركشى الخ) معتمد (قوله فيهما) أى التعلم والتسمين (قوله فكأنه) أى العقد لم يوجد : أى وفى الصداق لم يفسخ النكاح وإنما قطعه بالطلاق (قوله أنه يرجع) أى وعليه فهل يبقى إلى أوان الحصاد بلا أجرة أو يقلع حالا أو يبقى بأجرة مثل الأرض بقية المدة ؟ فيه نظر . والأقرب الأول لأنه وضع

(قوله لأنه قد ورد فى الحديث) الضمير فيه للشأن (قوله وهذا مارجحه الرافعى) يعنى فى الصنعة بقرينة ما بعده فى كلامه وبه صرح غيره (قوله للقاعدة الآتية) يعنى ما يأتى من الأحكام التى تقع فيها الشركة وإن

ومقتضى الضابط فى المسئلة السابقة أن لايفوز البائع بالزيادة فاعلمه (والمنفصلة كالثمرة المؤبرة والولد) الحادثين بعد البيع (للمشترى) لأنها تتبع الملك بدليل الردّ بالعيب، ولأن الثمرة المذكورة لاتتبع الشجر فى البيع فكذا فى الرجوع. وقضيته أنه لايشترط تأبير الكل، فلو تأبر البعض كان الكل للمفلس أيضا وهو قريب لأنه حينئذ لايتبع فى البيع فكذا فى الرجوع ، ولا ينافيه ما يأتى فى أحد التوءمين لأن الانفصال ثم حسى كالاتصال فأدير الأمر عليهما ولم ينظر إلى أن التوءمين كحمل واحد، ولو وضعت أحد توءمين عند المشترى ثم رجع البائع قبل وضع الآخر أعطى كل منهما حكمه فيما يظهر كما اعتمده الوالد رحمه الله تعالى ، وهو قياس المعتمد عند الشيخين فى نظيرها سواء أبقى المولود أم لا ، لأن المدار هنا على الحدوث والانفصال فى ملك المفلس ولم يوجد إلا فى واحد ، وتوقف انقضاء العدة وما شاكله على انفصال الباقى لاينافى ماذكرناه لاختلاف المدرك ، فترجيح الشيخ أنها كما لو لم تضع شيئا ليس بظاهر . والمراد بالمؤبرة ثمرة النخل ؛ وأما ثمرة غيره فما لايدخل فى مطلق بيع الشجر كان حكمه حكم المؤبرة وما يدخل كغيرها ، فورق الفرصاد والنبق والحناء والآس إن خرج والورد الأحمر إن تفتح والياسمين والتين والعنب وما أشبهه إن انعقد وتناثر نوره والرمانّ والجوز إن ظهر مؤبرة وإلا فلا ، فما لايظهر حالة الشراء وكان كالمؤبرة حالة الرجوع بقى للمفلس وما لايكون كذلك رجع فيه (ويرجع البائع فى الأصل) دونها لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع فى المبيع فيقتصر عليه (فإن كان الولد) أى ولد الأمة (صغيرا) لم يميز (وبذل) بالمعجمة (البائع قيمته أخذه مع أمه) لامتناع التفريق ومال المفلس مبيع كله فأجيب البائع ، والأوجه أنه لابد من عقد نظير ما يأتى فى تملك المعير الغراس والبناء فى الأرض المعارة وأنه لابد من مقارنة هذا العقد للرجوع . فلا يكفى الاتفاق عليه قبل حذرا من التفريق بينهما إذ هو ممتنع ولو فى لحظة كما اقتضاه إطلاقهم (وإلا) أى وإن لم يبذلها (فيباعان) معا (وتصرف إليه حصة الأم) من الثمن وحصة الولد للغرماء فرارا من التفريق الممنوع منه وفيه إيصال كل منهما إلى حقه وكيفية التقسيط كما قاله الشيخ أبو حامد أن تقوم الأم ذات ولد لأنها تنقص به وقد استحق الرجوع فيها ناقصة ثم يقوم الولد ويضم قيمة أحدهما إلى قيمة الآخر ويقسم عليهما (وقيل لا رجوع) إذ لم يبذل القيمة بل

يحق ، ثم إن كانت الأرض للمشترى فظاهر وإلا دفع أجرتها من ماله (قوله أن لايفوز البائع) أى بل يشاركه المشترى ولعل صورة المشاركة أن يقوّم المبيع حبا ثم زرعا ويقسم بينهما بالنسبة نظير ما يأتى فى مسئلة الصبغ (قوله الحادثين بعد البيع أى بأن حدث كل من الثمرة والحمل بعد البيع (قوله فأدير الأمر عليهما) أى الاتصال والانفصال (قوله أعطى كل منهما حكمه) أى مالم تكن حاملا عند البيع وإلا فيرجع البائع فيهما (قوله فى نظيرها) أى فى الرد بالعيب (قوله فورق الفرصاد) أى التوت الأحمر ، والمراد هنا ورق التوت مطلقا (قوله والأوجه أنه لابد من عقد) أى خلافا لحج (قوله حذرا) علة لكلام المصنف (قوله ولو فى لحظة) أى حيث كان بعقد (قوله ثم يقوّم الولد) أى بصفة كونه محضونا (قوله ويضم قيمة أحدهما) ماذكره من كيفية التقسيط هنا مثل مقابل الأصح فيما لو رهن الأم دون ولدها ، والأصح ثم أنه تقوّم الأم وحدها ثم مع الولد فالزائد قيمته ، وعليه فلينظر الفرق

لم يعبر عنها بالقاعدة (قوله ومقتضى الضابط فى المسئلة السابقة) لعل مراده ما مر فى قوله للقاعدة الآتية أنه حيث الخ (قوله فورق الفرصاد والنبق والحناء والآس) أى بناء على أنها لاتدخل فى بيع الشجر وإلا فالذى مرّ له فى بيع الأصول والثمار ترجيح دخول الأربعة فى بيع الشجر (قوله فلا يكفى الاتفاق عليه قبل) الأولى إسقاط

يضارب لما فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع ، وفى عبارة المصنف قلاقة ، ومعناها أنه إذا لم يبذل البائع قيمة الولد فالأصح أنه تباع الأم والولد معا ويصرف مايخص الولد إلى المفلس وما يخص الأم للبائع .. والثانى لايصرف إليه حصة الأم بل يبطل حقه من الرجوع ويضارب بالثمن (ولو كانت) الدابة المبيعة (حاملا عند الرجوع دون البيع أو عكسه) بالنصب : أى حاملا عند البيع دون الرجوع بأن انفصل الولد قبله (فالأصح تعدى الرجوع إلى الولد) وجه الأصح فى الأولى كون الحمل تابعا فى البيع فكذا فى الرجوع ، ووجه مقابله أن البائع إنما يرجع فيما كان عند البيع والحمل ليس كذلك فيرجع فى الأم فقط قبل الوضع كما قاله الجوينى . وذكر المصنف فى الروضة أنه ظاهر كلام الأكثرين لا بعده على ماذكره الصيدلانى ، وإنما رجح الوجه الثانى فى نظائر المسئلة من الرهن والرد بالعيب ورجوع الوالد فى الهبة لأن الرهن ضعيف ، بخلاف الفسخ لنقله الملك وفى الرد بعيب ورجوع الوالد فى هبته لأن سبب الفسخ هنا نشأ من جهة المفلس فلم تراع جهته بخلافه ثم . وأما الصورة الثانية فالخلاف فيها مفرع على كون الحمل يعلم فكأنه باع عينين فيرجع فيهما أو لايعلم فلا يرجع فيه . ولما كان الأصح العلم كان الأصح الرجوع ، ولو كانت حاملا عندهما رجع فيها حاملا قطعا ، ولو حدث بينهما وانفصل فقد مر أنه للمشترى وبذلك تكمل للمسئلة أربعة أحوال (واستتار الثمر بكمامه) بكسر الكاف وهو أوعية الطلع (وظهوره بالتأبير) أى تشقق الطلع (قريب من استتار الجنين وانفصاله) فإذا كانت الثمرة على النخل المبيعة عند البيع غير مؤبرة وعند الرجوع مؤبرة فهى كالحمل عند البيع المنفصل قبل الرجوع فيتعدى الرجوع إليها عن الراجح (و) هى (أولى بتعدى الرجوع) إليها من الحمل لأنها مشاهدة موثوق بها بخلافه ولذلك قطع بعضهم بالرجوع فيها ، ولو حدثت الثمرة بعد البيع وهى غير مؤبرة عند الرجوع رجع فيها على الراجح لما مر فى نظير ذلك من الحمل ، وهذه المسئلة لاتتناولها عبارة المصنف كما قاله الشارح دافعا به الاعتراض عليه بأن هذه أولى بعدم تعدى الرجوع ، ولو كانت الثمرة غير مؤبرة عند البيع والرجوع رجع فيها جزما ، ولو حدثت بعد البيع وكانت مؤبرة عند الرجوع فهى للمشترى ، ومتى رجع البائع فى الأصل من الشجر أو الأرض وبقيت الثمرة أو الزرع فللمفلس والغرماء تركه إلى وقت الجذاذ من غير أجرة (ولو غرس) المشترى (الأرض) المبيعة (أو بنى) فيها ثم أفلس ،

بين ماهنا وثم حيث جزم هنا بنظير مقابل الأصح هناك ، وسوى حج بين ماهنا وثم (قوله وفى عبارة المصنف قلاقة) وذلك لأنها توهم امتناع الرجوع وإن بذل القيمة مع أنه غير مراد ، ومن ثم قال ومعناها : أى المعنى المراد منها الخ (قوله بالنصب) أى أو الرفع أى أو حصل عكسه (قوله وأما الصورة الثانية) هى صورة العكس (قوله ولو حدث بينهما) أى بين البيع والرجوع (قوله أربعة أحوال) وهى كونها حاملا عند الرجوع دون البيع وعكسه وحاملا فيهما وليست حاملا فى حالة منهما (قوله أى تشقق) هو تفسير مراد ولا فالتأبير التشقيق كما تقدم (قوله المبيعة) هذا مفروض فيما لو لم يقبض شيئا من الثمن ورجع فى الجميع ، فلو قبض بعض الثمن ورجع فى نصف الأرض جاز ، وعليه فهل يتعين الرجوع فى نصف البناء والشجر ويصير كله مشتركا بين البائع والمفلس ويمتنع القلع لما فيه من إزالة ماء غيره عن ملكه أم كيف الحال ؟ فيه نظر ، ويحتمل الرجوع فى ذلك

لفظ قبل (قوله وفى الرد بعيب الخ) وحق العبارة ، ولأن الفسخ فى الرد بالعيب ورجوع الولد لم ينشأ من جهة المشترى ولا الفرع بخلاف ما هنا (قوله لا تتناولها عبارة المصنف) أى لقرينة قوله وأولى بعدم الرجوع فهو قرينة على عدم التناول (قوله وبقيت الثمرة أو الزرع) أى للمفلس.

وحجر عليه قبل وفاء الثمن واختار البائع الرجوع فى الأرض (فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريغها) من الغراس والبناء (فعلوا) لأن الحق لهم لايعدوهم وتجب تسوية الحفر وغرامة أرش النقص من مال المفلس إن نقصت بالقلع وتقدم البائع به على سائر الغرماء لأنه لتخليص ماله وإصلاحه كما قاله الأكثرون وجزم به فى الكفاية ، وإنما لم يرجع البائع بأرش مبيع وجده ناقصا كما مر لأن النقص هنا حدث بعد الرجوع (وأخذها) يعنى البائع برجوعه لأنها عين ماله لم يتعلق بها حق لغيره ، وليس له إلزامهم بأخذ قيمة الغراس والبناء ليتملكهما مع الأرض لأن المبيع قد سلم له ، وينبغى كما قاله الأذرعى أن لايقلع إلا بعد رجوعه فى الأرض كما اقتضاه كلام العمرانى وغيره ، وإلا فقد يوافقهم ثم لايرجع فيتضرروا إلا أن تكون المصلحة لهم فلا يشترط تقدم رجوعه (وإن امتنعوا) من القلع (لم يجبروا) عليه لوضع المشترى للبناء والغراس بحق فلم يكن متعديا (بل له) أى البائع (أن) يضارب بالثمن وله أن (يرجع) فى الأرض ذكره زيادة إيضاح (و) حينئذ يلزمه أن (يتملك الغراس والبناء

للحاكم ليفعل مافيه المصلحة ، والأقرب أنه يتخير فيما يخص النصف من الأرض بين القلع وغرامة أرش النقص إلى آخر ما يأتى ، وحيث جعلت الخيرة له فليس فيه إلزام برفع ملكه عن ملكه هذا إذا كان عاما فى الأرض ، فلو كان فى أحد جانبى الأرض وقسمت الأرض بين البائع والمفلس فإن آل للمفلس من الأرض مافيه البناء والغراس بيع كله لأن البائع لا حق له فيه الآن ، وإن آل للبائع ما فيه ذلك كان فيه التفصيل الحاصل فيما لو رجع فى الأرض كلها من أنه إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع فذاك إلى آخر ما يأتى ، ومثل المبيعة المؤجرة له كأن استأجر أرضا ثم غرسها أو بنى فيها ثم حجر عليه ثم إن فسخ بعد مضى مدة لمثلها أجرة ضارب بها وإلا فلا مضاربة لسقوط الأجرة بالفسخ (قوله وحجر عليه) وكذا لو فعل ذلك بعد الحجر بأن تأخر بيع مال المفلس وعذر البائع فى عدم الفسخ أو وقع بيعه بعد حجر بجهله فغرس المشترى أو بنى ثم علم البائع بالحجر ففسخ العقد (قوله فعلوا) أى وإن نقصت قيمة البناء والغراس ، ولا نظر لاحتمال غريم آخر لأن الأصل عدمه (قوله وتجب تسوية الحفر) أى بإعادة ترابها فقط ، ثم إن حصل نقص بأن لم تحصل التسوية بالتراب المعاد ونقصت قيمتها لزم المفلس الأرش (قوله ويقدم البائع به) أى الأرش (قوله لتخليص ماله) أى المفلس (قوله وجده ناقصا) أى نقص صفة بأن نقص شيئا لايفرد بالعقد كسقوط يد العبد (قوله لأن النقص هنا حدث الخ) قضيته أنه لو كان قبل الرجوع لا أرش له وبه جزم شيخنا الزيادى ، لكن قال ع : قوله وجب الأرش : أى سواء كان قبل الرجوع أو بعده اه . أقول : وقد يتوقف فيه لأن القلع قبل الرجوع نقص حصل بفعل المشترى ، وتقدم أنه غير مضمون اللهم إلا أن يقال إن ماسبق مفروض فيما لو حصل النقص قبل الحجر وماهنا فيما لو حصل بعد الحجر وقبل الرجوع ، وعليه فيفرق بين الحالين بأن الحاصل قبل الحجر حاصل قبل سبب الرجوع فكان كالآفة وما هنا بعد سبب الرجوع فكان كالحاصل بعده ومع ذلك ففيه ما فيه (قوله يعنى البائع برجوعه) أى بسببه (قوله وينبغى) أى يستحب اه سم . وظاهر قول الشارح إلا أن تكون المصلحة الخ وجوب ذلك وهو ظاهر (قوله ذكره زيادة إيضاح) قال سم على حج يتأمل. أقول : ولعل وجهه أن ماسبق مفروض فيمن وجد متاعه بعينه وما هنا بخلافه (قوله أن يتملك الغراس) أى بعقد كما اعتمده طب اه سم على منهج : أى والعقد المذكور إما من القاضى أو من

(قوله وجده ناقصا) أى بفعل المشترى كما هو نظير ماهنا ، ولعل هذا أولى من قول الشهاب سم : أى بآفة . قال الشهاب المذكور : وقضية الفرق عدم الوجوب إذا حدث النقص قبل الرجوع بأن نقل قبل الرجوع اه . قلت وقضيته أيضا أنه لو عينه المشترى هناك بعد الرجوع أنه يضمنه وهو ظاهر (قوله وحينئذ ينبغى أن يتملك الخ)

بقيمته) أى له مجموع الأمرين كما أفاده الشارح مبينا به أنه ليس له تملكهما من غير رجوع ولا عكس، وحينئذ فيتخير بين المضاربة بالثمن وتملك الجميع بالقيمة والقلع بالأرش (وله) بدل تملك ماذكر (أن يقلعه ويغرم أرش نقصه) لأن مال المفلس مبيع كله والضرر يندفع بكل منهما فأجيب البائع لما طلبه منهما، بخلاف مالو زرعها المشترى وأخذها البائع لايتمكن من ذلك لأن للزرع أمدا ينتظر فسهل احتماله بخلاف الغراس والبناء فإن اختلفوا عمل بالمصلحة (والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس) ولو بلا أجرة لنقص قيمتهما بلا أرض فيحصل له الضرر والرجوع إنما شرع لدفع الضرر ولا يزال الضرر بالضرر، ولو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مكن، واستشكال ابن الرفعة له بأن الرجوع فورى يرد بأن تخييره كما ذكر يقتضى اغتفار نوع تروّ له لمصلحة الرجوع فلم يؤثر مايتعلق به من اختيار شىء وعوده لغيره بقدر الإمكان. والثانى له ذلك كما لو صبغ الثوب ثم حجر عليه قبل أداء الثمن فإنه يرجع فيه دون الصبغ ويكون المفلس شريكا معه بالصبغ، وفرق الأول بأن الصبغ كالصفة التابعة للثوب (ولو كان المبيع) له مثليا كأن كان (حنطة فخلطها) المشترى (بمثلها أو دونها) قبل الحجر أو بعده (فله) أى للبائع بعد الفسخ (أخذ قدر المبيع من المخلوط) ويكون فى الدون مسامحا بنقصه كنقص العيب قبل الحجر أو بعده ولا يجاب طالب البيع وقسمة الثمن كما لايجبر الشريك على البيع، هذا إذا خلطه المشترى،

المالك بإذن منه لما تقدم فى بيع مال المفلس، وعبارة الشرحين والروضة له أن يرجع على أن يتملك بصيغة الشرط، وقضيتها أن الرجوع لايصح بدونه، وعليه قال الأسنوى: هل يشترط الإتيان به مع الرجوع كما يقتضيه كلامهم أو يكفى الاتفاق عليه؟ وعلى كل إذا لم يفعل فهل يجبر عليه أو ينقض الرجوع أو يتبين بطلانه؟ فيه نظر اهـ والذى يتجه ما اقتضاه كلامهم وأنه إذا لم يفعل ينقض (قوله بقيمة) ظاهره مع ماتقدم فى باب البيع من أنه لابد لصحته من العلم بالثمن أن يبحث عن القيمة قبل العقد حتى يعرف قدرها ثم يذكر فى العقد، ويحتمل الاكتفاء هنا بأن يقول بعتك هذا بقيمته ويعرض على أرباب الخبرة ليعلم قدرها، ويغتفر ذلك هنا للمبادرة فى فصل الأمر فى مال المفلس (قوله فيتخير) أى البائع (قوله بخلاف مالو زرعها) محترز قوله ولو غرس الخ (قوله لأن للزرع أمدا) أى وإن كان يجز مرارا كما يفهم من إطلاقه، وقضية التعليل أن مثل الزرع فى ذلك الشتل الذى جرت العادة بأنه لاينمو إلا إذا نقل إلى غير موضعه إذا بلغ إلى قدر مخصوص، وقد يفرق بأن هذا يمكن إبقاؤه فى الجملة وإن لم يتم كنمو المنقول، بخلاف الزرع فإنه لايبقى فى الأرض أصلا بعد أوان الحصاد فيخير فيه بين التملك بالقيمة والقلع وغرامة أرش النقص لصدق الغراس به وهو ظاهر إطلاقهم (قوله فسهل احتماله) أى ولا أجرة له مدة بقائه لأنه وضع بحق ولأمد ينتظر، وهو ظاهر فيما لو لم يتأخر عن وقته المعتاد، أما لو تأخر عن ذلك بسبب اقتضاه كعروض بردو أكل جراد تأخر به عن إدراكه فى الوقت المعتاد أو قصر فى التأخير المشترى فهل للبائع الأجرة أم لا؟ فيه نظر، والأقرب الأول لأن عروض مثل ذلك نادر والمشترى فى صورة التأخير مقصر به فلزمته الأجرة (قوله فإن اختلفوا) محترز قوله فإن اتفقوا الخ (قوله فله) أى واحدا أو متعددا، وهل المراد أنه إذا طلب ذلك أجيب إليه وليس له الاستقلال بأخذه لأنه بالرجوع تصير الحنطة مشتركة بين البائع والمفلس، وأحد الشريكين ليس له الاستقلال بأخذ حصته من المشترك فيطلب قدر ما تخصه من القاضى فيفرزه له (قوله ولا يجاب طالب البيع)

أى إن لم يختر القلع كما يأتى فالواجب مع الرجوع أحد الأمرين بل الثلاثة كما يأتى (قوله وحينئذ فيتخير بين المضاربة الخ) كان الأولى تأخيره عن قول المتن وله أن يقلعه الخ

.فلو خلطه أجنبيّ ضارب البائع بنقص الخلط كما فى العيب . قاله الزركشى ؛ وناقض الأسنوى بينه وبين قولهم فى باب الغصب والخلط هلاك إن لم يتميز ؛ وفرق غيره بأنا إذا لم نثبت الشركة هنا لم يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج إلى المضاربة به . وفى الغصب يحصل للمالك تمام البدل (أو) خلطها (بأجود) منها (فلا رجوع) فى المخلوط (فى الأظهر) بل يضارب بالثمن فقط لتعذر الرجوع فى عينه مع تضرر المفلس فتتعين المضاربة بماذكر . نعم إن قل الأجود بحيث لاتظهر به زيادة فى الحس ويقع مثله بين الكيلين . قال الإمام : فالوجه القطع بالرجوع كما فى الروضة . والثانى له الرجوع ويباعان ويوزع الثمن على نسبة القيمة . ولو كان المختلط من غير جنس المبيع كزيت بشيرج فلا رجوع لعدم جواز القسمة لانتفاء التماثل فهو كالتالف (ولو طحنها) أى الحنطة (أو قصر الثوب) المبيع له ثم حجر عليه قبل أداء الثمن (فإن لم تزد القيمة) بما فعله بأن ساوت أو نقصت (رجع) البائع فى ذلك (ولا شىء للمفلس) فيه لأنه موجود من غير زيادة وإن نقصت فليس للبائع غيره (وإن زادت عليها فالأظهر أنه) أى المبيع (يباع) ويصير المفلس شريكا بالزيادة إلحاقا لها بالعين لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوّم فوجب أن لايضيع عليه بخلاف الغاصب (وللمفلس من ثمنه بنسبة مازاد) بالعمل ؛ فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فللمشترى سدس الثمن وللبائع إمساك المبيع لنفسه وإعطاء المفلس حصة الزيادة كما صححاه ولو أمكن فصلها كما يبذل قيمة البناء فيجبر هو وغرماؤه على قبولها ولاينافيه قولهم إنه شريك لأن أمواله تباع إما للبائع أو غيره . ومنه يؤخذ أن المفلس وغرماءه لو أرادوا أن يبذلوا للبائع قيمة الثوب لم يجبر على القبول وهو ظاهر . والثانى لاشركة للمفلس فى ذلك لأنها أثر كسمن الدابة بالعلف وكبر الشجرة بالسقى والتعهد ، وفرق الأوّل بنسبة الطحن والقصارة له بخلاف السمن وكبر الشجرة فإن العلف والسقى يوجدان كثيرا ولايحصل السمن والكبر

مشتريا كان أو بائعا (قوله فلو خلطه أجنبى) أى أو البائع لأنه حين خالطه تعدى به : أى فيغرم أرش النقص للغرماء حالا ، ثم إن رجع فى العين بعد الحجر ضارب بما غرم ، وإن لم يرجع فيها ضارب بكل الثمن . وبقى مالو اختلط بنفسه ، وينبغى أن يكون مثل ما لو خالطه المشترى (قوله أو خلطها) أى المشترى ومثله مالو خلطها أجنبى ولو كان البائع أو اختلطت بنفسها لأنه لو جوّز له الرجوع لأضرّ بالمفلس كما يأتى (قوله مع تضرر المفلس) أى إن أخذ قدر المخلوط كما هو الفرض وإن أخذ دونه من المخلوط بقدر قيمة المبيع فهو ربا لأن ما أخذه من الأجود من غير النوع وهو لابد فيه من لفظ الاستبدال وهو عقد والإجبار على بيع الكل والتوزيع على القيمتين بعيد إذ لاضرورة إليه اهـ حج بتصرف (قوله ولو كان المختلط الخ) هذه الصورة خرجت بقول المتن خلطها بمثلها (قوله فهو كالتالف) أى فيضارب (قوله فليس للبائع غيره) أى وإن كثر النقص لأن حقه لايضيع بتخييره بين ذلك والمضاربة (قوله ويصير المفلس شريكا بالزيادة) أى ولا فرق فى الحنطة بين كونها طحنت وحدها أو خلطت بحنطة أخرى مثلها أو دونها . ومن هذا يعلم جواب حادثة وقع السؤال عنها ، وهى أن إنسانا اشترى سكرا معينا معلوم المقدار ثم أخذ بعضه وخلطه بسكر آخر ثم طبخ المخلوط جميعه فصار بعضه سكرا وبعضه عسلا ثم توفى والثمن باق بذمته ؛ وهوأن ما بقى من السكر المبيع بعينه يأخذه البائع . وما خلطه منه بغيره يصير مشتركا بين البائع وورثة المشترى ، ثم إن لم تزد قيمته بالطبخ فلا شىء لواحد منهما على الآخر . وإن زادت فوارث المشترى شريك فيما يخص البائع بالزيادة كقصارة الثوب وزيادة الدقيق لأنها حصلت بفعل محترم (قوله ولو أمكن فصلها) بأن فرضت الزيادة غير الطحن والقصارة كالصبغ الآتى (قوله فيجبر هو) أى المفلس على قبولها : أى حيث لم يريدوا

(قوله ولو أمكن فصلها) أى فى غير صورتى المتن ، إذ من المعلوم أنه لايمكن فصل الطحن والقصر ؛ فكلام

فكان الأثر فيه غير منسوب إلى فعله بل محض صنعه تعالى ؛ ولهذا امتنع الاستئجار على تكبير الشجرة وتسمين الدابة ، بخلاف الطحن والقصارة . وأشار بالطحن والقصر إلى ضابط صور القولين وهو صنع مايجوز الاستئجار عليه ويظهر فيه أثر كخبز الدقيق وذبح الشاة وشيّ اللحم وضرب لبن من تراب الأرض ورياضة الدابة وتعليم الرقيق القرآن أو حرفة ؛ وإنما اعتبر الظهور لأن حفظ الدابة وسياستها يستأجر عليه ولاتثبت به الشركة لأنه لايظهر بسببه أثر على الدابة (ولو صبغه) أى المشترى الثوب (بصبغه) ثم حجر عليه (فإن زادت القيمة) بسبب الصبغ (قدر قيمة الصبغ) كأن تكون قيمة الثوب قبل الصبغ أربعة والصبغ درهمين فصار بعد الصبغ يساوى ستة (رجع البائع فى الثوب والمفلس شريك بالصبغ) فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثا ، وكل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس كما لو غرس الأرض على أرجح الوجهين كما رجحه ابن المقرى ونص الشافعى فى نظير المسئلة من الغصب يشهد له . أما لو كانت الزيادة بارتفاع سوق أحدهما فالزيادة لمن ارتفع سعر سلعته . فلو زارت بارتفاع سوقهما وزعت عليهما بالنسبة . وهكذا فى صورتى الطحن والقصارة . فإذا ساوى الثوب قبل نحو الصبغ خمسة وارتفع سوقه فصار يساوى ستة وبنحو الصبغ سبعة فللمفلس سبع . فإن ساوى مصبوغا سبعة دون ارتفاع سوقه كان له سبعان (أو) زادت القيمة (أقل) من قيمة الصبغ وسعر الثوب بحاله كأن صاوت خمسة (فالنقص على الصبغ) لأن أجزاءه تتفرق وتنقص والثوب قائم بحاله فيباع وللبائع أربعة أخماس الثمن وللمفلس خمسه . وإن لم يزد الثوب شيئا فلا شيء للمفلس . وإن نقصت قيمة الثوب فلا شيء للبائع معه (أو) زادت (أكثر) من قيمة الصبغ كأن صارت تساوى فى مثالنا ثمانية (فالأصح أن الزيادة) كلها (للمفلس) لأنها حصلت بفعله فيباع الثوب وله نصف الثمن والثانى أنها للبائع كالسمن فيكون له ثلاثة أرباع الثمن وللمفلس ربعه . والثالث أنها توزع عليهما فيكون للبائع ثلث الثمن وللمفلس ثلثه (ولو اشترى منه الصبغ) وصبغ به ثوبا ثم حجر عليه فللبائع الرجوع ؛ فإن زادت قيمة الثوب مصبوغا على قيمته قبل صبغه فيكون شريكا له فيه ، وإن نقصت حصته عن ثمن الصبغ

قلع الصبغ وإلا فلهم ذلك وغرامة أرش نقص الثوب إن نقص بالقلع (قوله بخلاف الطحن والقصارة) ولو أراد البائع أخذه ودفع الزيادة للمفلس لم يمكن وإن أفهم كلامه خلافه ؛ كذا فى نسخة . ولعل صورته أن يريد البائع الرجوع فى الثوب بلا بذل مقابل للقصارة ويريد جعل الثوب شركة بينه وبين المشترى بنسبة الزيادة ، وإلا فقد تقدم أن للبائع أخذ الزيادة وبذل الزيادة ويجبر المشترى على القبول ؛ هذا وفى التصوير بما ذكر نظر أيضا فليراجع (قوله فيباع) أى والبائع له الحاكم أو نائبه أو المفلس بإذنه مع البائع (قوله أما لو كانت الخ) مبنى على قوله وكل الثوب للبائع الخ . وفيه تصريح بأنها شركة مجاورة لا شيوع . ولو قال : ومن فوائده مالو كانت الخ كان أظهر فى المراد (قوله وزعت عليهما بالنسبة) أو بارتفاع السوق لا بسببهما فلا شيء للمفلس ويأتى ذلك فيما مر من نحو القصارة اهـ حج . وفى سم يتأمل قوله لا بسببهما اهـ . ولعل وجهه أن ارتفاع السوق إنما يكون بزيادة القيمة . فمتى زادت قيمتهما على ماكانت قبل كانت الزيادة بسببهما ؛ ويمكن الجواب بأن المراد أنه اتفق شراؤه بأكثر من ثمن

الشيخين فى مطلق الزيادة (قوله أما لو كانت الزيادة بارتفاع سوق أحدهما الخ) هذا يجرى فى جميع ما يأتى أيضا كما صرح به الأذرعى ، فكان الأولى تأخير هذا عن جميع الأحكام الآتية (قوله فللبائع الرجوع فإن زادت قيمة الثوب) هو شامل لما إذا ساوت الزيادة الصبغ ولما إذا نقصت عنها ولما إذ زادت ؛ فقوله بعد وإن نقصت حصته عن ثمن الصبغ الخ هو الصورة الوسطى من الصور الثلاث . فالصورة فيها أنه

فالأصح أنه إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بالجميع أو اشترى الصبغ (والثوب) من واحد وصبغه ثم حجر عليه (رجع) البائع (فيهما) أى فى الثوب بصبغه لأنهما عين حقه (إلا أن لاتزيد قيمتهما على قيمة الثوب) قبل الصبغ بأن ساوتها أو نقصت عنها (فيكون فاقدا للصبغ) لاستهلاكه كما مر فيضارب بثمنه مع الرجوع فى الثوب من جهته ، بخلاف ما لو زادت وهو الباقى بعد الاستثناء فهو محل الرجوع فيهما ، فإن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ فالمفلس شريك بالزائد عليها ، وإن كانت أقل لم يضارب بالباقى أخذا مما تقدم فى القصارة بل إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بثمنه (ولو اشتراهما) أى الثوب والصبغ (من اثنين) الثوب من واحد والصبغ من آخر وصبغه به ثم حجر عليه وأراد بائعاه الرجوع (فإن لم تزد قيمته) أى الثوب (مصبوغا على قيمة الثوب) قبل الصبغ بأن ساوته أو نقصت عنه (فصاحب الصبغ فاقد) له يضارب بثمنه صاحبه وصاحب الثوب واجد له فيرجع فيه ولا شيء له وإن نقصت قيمته كما مر (وإن زادت بقدر قيمة الصبغ اشتركا) فى الرجوع والثوب وعبارة المحرر فلهما الرجوع ويشتركان فيه ، ويأتى فى كيفية الشركة مامرّ (وإن زادت) ولم تف بقيمتهما فالصبغ ناقص فإن شاء بائعه قنع به وإن شاء ضارب بثمنه أو زادت (على قيمتهما) أى الثوب والصبغ جميعا (فالأصح أن المفلس شريك لهما) أى البائعين (بالزيادة) على قيمتهما ، فلو كانت قيمة الثوب أربعة مثلا والصبغ درهمين وصارت قيمته مصبوغا ثمانية فالمفلس شريك لهما بالربع ، والثانى لا شيء له والزيادة لهما بنسبة

مثله مع عدم ارتفاع السعر لأحدهما (قوله إن شاء قنع به) أى بأن يأخذ مايقابله بعد بيع الثوب مصبوغا (قوله من جهته) أى البائع فتصدق جهته بما لو كان الرجوع منه أو وكيله أو وارثه أو وليه لو عقد هو عاقلا ثم جن أو غير ذلك ، وهذا أولى من عوده للثوب (قوله وإن شاء ضارب بثمنه) أى الصبغ (قوله فلهما الرجوع)أى فهى أوضح من عبارة المصنف لأن الشركة إنما هى فى الثوب دون الرجوع (قوله مامر) أى فى قوله وكل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس الخ (قوله فالأصح أن المفلس شريك لهما) قال حج : تنبيه : لم أر تصريحا بوقت اعتبار قيمة الثوب أو الصبغ ولا بوقت اعتبار الزيادة عليهما أو النقص عنهما فى كل ما ذكر . والذى

حصلت زيادة بسبب الصبغ لكن نقص المجموع عن مجموع قيمتى الثوب والصبغ منفردين كما لو صار فى المثال السابق فى كلامه يساوى خمسة ، وسكت عما لو نقصت قيمة الثوب بسبب الصبغ أو ساوت كما لو صار يساوى ثلاثة أو أربع وحكمهما يعلم مما يأتى . واعلم أن مسئلة الصبغ من أصلها لها أربعة أحوال لأنه إما أن يكون الصبغ للمفلس والثوب لبائع أو عكسه ، أو يكونا لبائع واحد أو لبائعين . أما الأولى فقد مرت فى قول المصنف ولو صبغه بصبغه الخ ، ومرّ لها فيما إذا زاد الثوب بسبب الصبغ ثلاثة أحوال فى كلام المصنف وهى ما إذا كانت الزيادة بقدر قيمة الصبغ أو أقل أو أكثر ، وأما الثانية فهى المذكورة هنا فى قول الشارح وصبغ به ثوبا الخ . وأما الثالثة والرابعة فستأتيان فى كلام المصنف والحكم فى الثانية وما بعدها واحد ، وعبارة الروض فإن اشترى الصبغ من بائع الثوب أو من آخر أو كان الثوب للمفلس ، فإن لم تزد قيمة الثوب فالصبغ مفقود يضارب به صاحبه ، وإن زادت ولم تف بقيمتها فالصبغ ناقص فإن شاء قنع به وإن شاء ضارب بثمنه ، وإن زادت عليهما فالزيادة للمفلس انتهت (قوله رجع فيهما إلا أن لاتزيد قيمتهما الخ) أى والصورة أنه لم تزد القيمة على مجموع القيمتين بقرينة قول الشارح الآتى فإن كانت الزيادة أكثر الخ (قوله يضارب بثمنه صاحبه) الأولى حذف لفظ صاحبه (قوله فى الرجوع والثوب) عبارة التحفة : فى الرجوع فيهما كما بأصله انتهت .

ماليهما ، ولو اتفق الغرماء والمفلس على قلع الصبغ وغرامة نقص الثوب جاز كالبناء والغراس ، ولصاحب الصبغ الذى اشتراه المفلس من غير صاحب الثوب قلعه ويغرم نقص الثوب ، ولمالك الثوب قلعه مع غرم نقص الصبغ ، قاله المتولى. ومحل ذلك إذا أمكن قلعه بقول أهل الخبرة وإلا فيمنعون منه ، نقله الزركشى عن ابن كج فى الأولى وفى معناه الأخيرتان ، ويجوز للقصار والصباغ ونحوهما من خياط وطحان استؤجر على ثوب فقصره أو صبغه أو خاطه وحب فطحنه حبس الثوب على المقصور ونحوه بوضعه عند عدل حتى يقبض أجرته، كما يجوز للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن بناء على أن القصارة ونحوها عين ، وقيده القفال فى فتاويه بالإجارة الصحيحة ، والبارزى والبلقينى بما إذا زادت القيمة بالقصارة ، وإلا فلا حبس بل يأخذه المالك كما لو عمل المفلس فإن كان محجورا عليه بالفلس ضارب الأجير بأجرته وإلا طالبه بها ، وزيادة القيمة فى مسئلة الخياط تعتبر على قيمته مقطوعا القطع المأذون فيه كما بحثه الجوجرى لا صحيحا ، والفرق بين وضعه عند عدل هنا وبين البائع حيث يحبس المبيع عنده أن حقه أقوى من حق الأجير وأن ملك المشترى لما لم يستقر كان ضعيفا فلم يقو على انتزاعه من يد البائع ، بخلاف ملك المستأجر ، ومتى تلف الثوب المقصور ونحوه قبل تسليمه للمستأجر سقطت أجرته كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، وقضيته عدم الفرق بين تلفه بآفة أو فعل الأجير ، بخلاف فعل المستأجر

يظهر اعتبار وقت الرجوع فى الكل لأنه وقت الاحتياج إلى التقويم ليعرف ما للبائع والمفلس ، فتعتبر قيمة الثوب حينئذ خلية عن نحو الصبغ وقيمة نحو الصبغ بها حينئذ ، وتعتبر الزيادة حينئذ هل هى لهما أو لأحدهما ، ولا يأتى هنا مامر فى تلف بعض المبيع أن العبرة فى التالف بأقل قيمتيه يوم العقد والقبض وفى الباقى بأكثرهما بأن ذاك فيه فوات بعض المبيع وهو مضمون على البائع ، وما هنا ليس كذلك لأن الصبغ إن كان من المشترى فواضح أو من أجنبى فكذلك أو من بائع الثوب فهو فى حكم عين مستقلة بدليل أن له حكما غير الثوب ، ومنه أنه متى ساوى شيئا لم يكن لبائعه إلا هو وإن قل إن أراده وإلا ضارب بقيمته فتأمله اهـ (قوله من خياط وطحان) أى وكل من فعل مايجوز الاستئجار عليه ويظهر أثره على المحل ، بخلاف نحو نقاد وشيال من كل من فعل ما لا يظهر أثره على المحل فليس له حبس المبيع فيجب تسليمه لصاحبه ويطالبه بالأجرة كسائر الديون (قوله بوضعه عند عدل) أى يتفقان عليه أو يقيمه الحاكم عند تنازعهما . ولهما وضعه عند غير عدل لأن الحق لهما لايعدوهما ، وقضية قوله عند عدل أنه ليس للقصار حبسه تحت يده وإن كان عدلاً إلا برضا مالكه ، وعليه فقياسه حبس البائع المبيع فى أصل الحبس دون صفته ، فإن البائع يحبسه تحت يده ولو غير عدل استدامة ليده المستندة لملكه قبل البيع (قوله وقيده) أى جواز الحبس (قوله بالقصارة) أى ونحوها كالخياطة لايقال : كثيرا ما يشاهد أن الثوب بعد خياطته لايساوى إذا بيع قيمته قبل الخياطة . لأنا نقول : هذا إنما ينشأ من وصف يعرض للثوب كاستعماله ، وإلا فمجرد الخياطة وقطعه لأجلها لايورث نقصا ، ألا ترى أن كثيرا يجعل حرفته شراء القماش وخياطته فلو كانت الخياطة والقطع لها يؤدى إلى ذلك لما اتخذوه حرفة (قوله كما لو عمل المفلس) أى بنفسه ولم تزد القيمة (قوله فإن كان) أى المستأجر (قوله ونحوه) أى كتلف الأحمال المستأجر على حملها إلى مكة مثلا وإن لم يقصر (قوله أو فعل الأجير) أى ولو

(قوله ولو اتفق الغرماء والمفلس الخ) أى فيما إذا كان الصبغ للمفلس إذ لا سلاطة لهم على ذلك إلا حينئذ فليراجع
(قوله ويجوز للقصار والصباغ ونحوهما الخ) هذا ليس خاصا بمسئلة المفلس بقرينة ما يأتى

فإنه يكون قبضا له كاتلاف المشترى للمبيع قبل قبضه ويتردد النظر فى إتلاف الأجنبى إذا كان ممن يضمن إتلافه ، والأوجه أن القيمة التى يضمنها الأجنبى إن زادت بسبب فعل الأجير لم تسقط أجرته وإلا سقطت .

باب الحجر

بفتح الحاء وهو لغة : المنع ، وشرعا : المنع من التصرفات المالية ، والأصل فيه قوله تعالى ـ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ـ وقوله ـ فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا ـ وقوله ـ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ـ الآيات ، نبه على الحجر بالابتلاء ، وكنى عن البلوغ ببلوغ النكاح ، والضعيف الصبى ، والذى لايستطيع أن يمل المغلوب على عقله ، والسفيه المبذر ، وإضافة المال الذى له بدليل ـ وارزقوهم فيها واكسوهم ـ لوليه لتصرفه فيه ، وصح مرفوعا « خذوا على أيدى سفهائكم » والحجر نوعان : نوع شرع لمصلحة الغير ، و (منه حجر المفلس) أى الحجر عليه فى ماله كما سبق بيانه (لحق الغرماء والراهن للمرتهن) فى العين المرهونة (والمريض للورثة) فيما زاد على الثلث حيث لادين ، وفى الجميع إن كان عليه دين مستغرق على ما قاله الأذرعى وتبعه الزركشى لكن فى الروضة فى الوصايا عند ذكر ما يعتبر من الثلث أن المريض لو وفى دين بعض الغرماء لم يزاحمه غيره إن وفى المال جميع الديون وكذا إن لم يوف على المشهور وقيل لهم مزاحمته كما لو أوصى بتقديم بعض الغرماء بدينه لاتنفذ وصيته ، فكلام الزركشى

عمدا ، ثم إن كان قصر حتى تلفت العين ضمنها وإلا فلا (قوله والأوجه) أى من التردد (قوله لم تسقط أجرته) أى الأجير .

(باب الحجر)

(قوله بفتح الحاء) أى وكسرها (قوله وهو لغة المنع) أى مطلقا (قوله من التصرفات المالية) قال سم على منهج ع : لايمنع من هذا القيد عدم صحة قول الصبى والمجنون مطلقا لأن ذلك لسلب عبارتهما وهو معنى زائد على الحجر اهـ . وعبارة حج : وشرعا منع من تصرف خاص بسبب خاص اهـ . وهى أولى من عبارة الشارح ، ووجه الأولوية أن قوله المنع من التصرفات المالية ظاهر فى أن اللام للاستغراق وهو لايتحقق إلا فى المجنون دون الصبى والسفيه فإن كلا منهما يصح منه بعض التصرفات المالية ، أما السفيه فيصح منه التدبير ونحوه مما يتعلق بالموت وأما الصبى فيعتد منه بالإذن فى دخول الدار ونحوه فتصحيحه يحتاج إلى الاستثناء من الحد ولا يخفى ما فيه (قوله الذى له) أى المولى عليه (قوله لوليه) متعلق بإضافة (قوله خذوا على أيدى سفهائكم) أى بمنعهم من التصرف (قوله إن لم يوف الخ) قد تقدم فى المفلس أنه إذا استوت الديون وطلب أربابها من غير المحجور وجب عليه التسوية فينبغى أن يكون هنا كذلك ، ولا ينافى ذلك ماذكر هنا من عدم المزاحمة إذ لايلزم من عدمها جواز الإقدام (قوله فكلام الزركشى الخ) لعل عبارة الأذرعى مجملة غير مشتملة على ماذكره الزركشى من التفصيل فلا يقال

(قوله لم تسقط أجرته) انظر لو كانت الزيادة لاتفى بالأجرة هل يستحق تمام الأجرة أو قدر الزيادة فقط :

(كتاب الحجر)

(قوله وشرعا : المنع من التصرفات المالية) أى ولو فى شىء خاص ليشمل جميع أنواعه الآتية أو أن مراده تعريف مقصود الباب خاصة فهو على إطلاقه (قوله فكلام الزركشى) أى التابع للأذرعى

مفرع على هذا (والعبد) أى القن (لسيده) والمكاتب لسيده ولله تعالى (والمرتدللمسلمين) أى لحقهم (ولها أبواب) تقدم بعضها وبعضها يأتى ، وأشار بقوله منه إلى عدم انحصار هذا النوع فيما ذكره فقد أنهاه بعضهم إلى نحو سبعين صورة ، بل قال الأذرعى : هذا باب واسع جدا لاتنحصر أفرادمسائله ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه ، وهو ما ذكره بقوله (ومقصود الباب حجر المجنون والصبى والمبذر) بالمعجمة وسيأتى تفسيره ، وحجر كل من هذه الثلاثة أعم مما بعده ، وزاد الماوردى نوعا ثالثا وهو ماشرع للأمرين : يعنى مصلحة نفسه وغيره وهو المكاتب كما مر (فبالجنون تنسلب الولايات) الثابتة بالشرع كولاية النكاح أو بالتفويض كالإيصاء والقضاء لأنه إذا لم يل أمر نفسه فأمر غيره أولى ، وعبر بالانسلاب دون الامتناع لأن الثانى لايفيد السلب بخلاف

كان الأولى أن يقول فكلام الأذرعى الخ لأن الزركشى تبعه (قوله مفرع على هذا) قد يقال لايتعين تفريعه على ماذكر ويصوّر كلامه بأنه لو أراد التبرع لغير الغرماء امتنع ذلك إن كان الدين مستغرقا ، وجاز فى قدر الثلث مما زاد على الدين إن كان غير مستغرق فيكون كلامه فى غير توفية بعض الغرماء دون بعض ولا تعارض بين المسئلتين ، ثم رأيت فى سم على منهج مانصه : قوله والمريض فى ثلثى الخ وسيأتى فى الوصايا أنه لو وفى بعض الغرماء لم يزاحمه غيره ، وإن لم يف ماله بدينه كما قال الشيخان فقول جمع إن من عليه دين مستغرق يحجر عليه فى جميع تركته مرادهم به بالنسبة للتبرعات حج : أى بخلاف وفاء الدين فإنه واجب عليه بتقديم السبب مر اهـ . وهو عين ماقلناه : هذا وأجاب حج هنا بأن تقديم بعض الغرماء مجرد تخصيص لاتبرع فيه فلا يرد على كلامهم اهـ (قوله والمرتد للمسلمين) ع منه أيضا الحجر على السيد فى العبد الذى كاتبه والعبد الجانى والورثة فى التركة ، إلا أن هذه ربما تدخل فى عبارة الشيخ ، وأصله والحجر الغريب والحجر على البائع بعد فسخ المشترى بالعيب حتى يدفع الثمن ، وعلى السابى للحربى فى ماله إذا كان على الحربى دين ، والحجر على المشترى فى المبيع قبل القبض ، وعلى العبد المأذون لحق الغرماء ، وعلى السيد فى نفقة الأمة المزوّجة لايتصرف فيها حتى يعطيها بدلها ودار المعتدة بالأقراء والحمل ، وعلى المشترى فى العبد المشترى بشرط الإعتاق ، وعلى السيد فى أم الولد ، وعلى المؤجر فى العين الذى استأجر شخصا على العمل فيها كصبغ أو قصارة اهـ سم على منهج . ويتأمل ماقاله فى مسئلة الحجر على البائع بعد فسخ المشترى فإنه بالفسخ خرج المبيع عن ملك المشترى وصار الثمن دينا فى ذمة البائع وليس المبيع مرهونا به فما وجه الحجر عليه فيه ، وكذا يتأمل فى الصورة التالية لها فإن مجرد سبى الحربى لايستلزم دخول مال الحربى فى يد سابيه فما معنى الحجر فيه (قوله والمبذر) ولم يذكر من بلغ غير مصلح لدينه مع أن حكمه مذكور فى الباب أيضا لما سيأتى من أن حجر الصبا إنما يزول ببلوغه رشيدا ، فجعل ما بعد البلوغ من أحكام الصبا وإن كان التحقيق أنه ذهب حجر الصبا وخلفه حجر السفه (قوله أعم مما بعده) أى فإن المجنون لايعتد بشىء من تصرفاته أصلا ، والصبى يعتد ببعض تصرفاته كالإذن فى دخول الدار وإيصال الهدية ، والمبذر يعتد بقبوله النكاح بإذن من وليه ولا يزوّجه وليه إلا بإذنه ويصح تدبيره لأرقائه (قوله كما مر) منه يعلم أن المراد بقوله ثم لله العتق ومصلحته تعود على المكاتب ، فلا تنافى بين قوله ثم لسيده ولله وقوله هنا مصلحة نفسه وغيره (قوله كالإيصاء) بأن يكون وصيا

(قوله والمكاتب لسيده ولله تعالى) عبارة الأذرعى فالحجر عليه لسيده ولحقه ولحق الله تعالى فى قول (قوله يعنى مصلحة نفسه وغيره) أى على ما مرّ (قوله وعبر بالانسلاب الخ) عبارة التحفة : وآثر السلب لأنه يفيد المنع ولا عكس انتهت لكن فى بعض نسخ المتن التعبير بالانسلاب ، ولعلها التى شرح عليها الشارح ، لكن فى عبارته قصور عن تأدية المراد لأن صريح قوله بخلاف الأول أنه يفيد السلب وهو خلاف المقصود

الأول بدليل أن الإحرام مانع من ولاية النكاح ولا يسلب ولهذا يزوج الحاكم دون الأبعد (واعتبار الأقوال) له وعليه في الدين والدنيا كالإسلام والمعاملات لانتفاء قصده وسكوته عن الأفعال لأن منها ما يعتبر كإحباله وإتلافه مال غيره وتقرير المهر بوطئه وترتب الحكم على إرضاعه والتقاطه واحتطابه واصطياده وعمده عمد إن كان له نوع تمييز وما لايعتبر منه كالصدقة والهدية ، ولو أحرم شخص ثم جن فقتل صيدا لم يلزمه جزاؤه كما مر في بابه ، والصبي كالمجنون في الأقوال والأفعال إلا أن الصبي المميز يعتبر قوله في إذن الدخول وإيصال الهدية ، ويصح إحرامه بإذن وليه كما مر وتصح عبادته ، وله إزالة المنكر ويثاب عليه كالبالغ ، قاله في الروضة في باب الغصب وأما إسلام عليّ رضي الله عنه وهو صبيّ فلأن الأحكام قبل الهجرة كانت منوطة بالتمييز وألحق القاضي بالمجنون النائم والأخرس الذي لايفهم ، ونظر فيه الأذرعي بأنه لايتخيل أحد أن النائم يتصرف عنه وليه وبأن الأخرس المذكور غير عاقل ، وإن احتيج إلى إقامة أحد مكانه فليكن هو الحاكم ، ويرد بأن النائم يشبه المجنون في سلب اعتبار الأقوال وكثير من الأفعال ، فإلحاقه به من حيث ذلك فقط لأنه لاوليّ له

على غيره ، والأولى أن يقال المراد به أن لاتصح الوصية منه على أطفاله وإن لم يسموا أيتاما إلا بعد موته ، وأما كونه لايكون وصيا عليهم فقد علم من نفي ولاية الإيصاء عنه (قوله في الدين) بكسر الدال (قوله كالإسلام) أي فلا يصح إسلامه ، وإذا لم يصح إسلامه فلا نمنعه من العبادات كالصلاة والصوم ، قاله الزركشي أخذا من النص ، هذا كله بالنسبة للدنيا ، أما بالنسبة للآخرة فيصح ويدخل الجنة به قطعا سواء تلفظ وهو ظاهر أم أضمره على ما قاله الأستاذ أبو إسحق اهـ شرح الإرشاد الكبير لحج . وكتب بهامشه سم ما نصه : صريح في أن كلام الاستاذ مصوّر بالإضمار فقط ، لكن الذي في الإسعاد وغيره تصويره بالإضمار مع الإظهار ، وعبارة الإسعاد نصها : وقال الأستاذ أبو إسحق : وإذا أضمر المميز الإسلام كما أظهره كان من الفائزين بالجنة اهـ . فتأمل قوله كما أظهره فإنه صريح في تصوير كلام الأستاذ بما إذا جمع بين الإضمار والإظهار ، وفيما قاله حج وقفة بأن كفره محقق وعبارته لاغية ، وحقيقة الإيمان المانع من الخلود في العذاب التصديق بما جاء به النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وهو منتف عن هذا لأنه وإن نطق بالشهادتين فذلك من غير قصد وما ليس بقصد لغو فكيف ينفعه في الآخرة . نعم ينبغي أن يكون كأولاد الكفار فيجرى فيه الخلاف الوارد فيهم والراجح منه دخولهم الجنة ثم رأيت حج في الشرح المذكور فرض ذلك في الصبي المميز) لا في المجنون وهو ظاهر (قوله والهدية) والصلاة وسائر العبادات (قوله لم يلزمه جزاؤه) أي فهو مستثنى من ضمان ما أتلفه وأشار إلى إخراجه بقوله أو لا وإتلافه مال غيره ، فإن أحرم عنه وليه في زمن جنونه فهل حكمه كذلك أولا ؟ ويفرق بأن وليه لما صيره محرما التزم مايترتب على فعله فيلزمه الجزاء ، فيه نظر . وقضية قول الشارح في كتاب الحج قبيل قول المصنف : وإنما تصح مباشرته من المسلم الخ . والحاصل أنه متى فعل محظورا وهو غير مميز فلا فدية على أحد عدم الضمان ، وعليه فقوله هنا أحرم ثم جن ليس بقيد فإحرام وليه عنه كذلك (قوله كالبالغ) التشبيه في أصل الثواب لا في مقداره ، وإلا فالصبي يثاب على فعله من الفرائض أقل من ثواب نافلة البالغ ، ولعل وجهه عدم خطابه به ، وكان القياس أن لا ثواب أصلا لعدم خطابه بالعبادة لكنه أثيب ترغيبا له في الطاعة فلا يتركها بعد بلوغه إن شاء الله تعالى (قوله النائم والأخرس) في عدم صحة تصرفها (قوله ونظر فيه) أي الإلحاق (قوله ويرد) أي التنظير (قوله لأنه) أي النائم (قوله لا وليّ له)

(قوله والصبي كالمجنون)ومعلوم أنه لايتأتى منه الإحبال ، وقد يقال بتأتيه منه كما سيعلم مما يأتي في الشارح

مطلقا وإن قال بعض المتأخرين : لعل كلام القاضي محمول على نائم أحوج طول نومه إلى النظر فى أمره وكان الإيقاظ يضره مثلا ، وبأن الأخرس الذى لايفهم وإن كان لايسمى مجنونا فهو ملحق بالمجنون ، وقوله وإن احتيج الخ محل نظر لأنه إن كان غير عاقل كما قاله فوليه ولى المجنون ، ولهذا تردد الأسنوى فيمن يكون وليه ، وبحث الجوجرى أن محل التردد فيمن عرض له هذا الخرس بعد بلوغه ، أما من لم يبلغ إلا كذلك فالظاهر الجزم بأن وليه هو الذى يتصرف عليه استدامة لحجر الصبي إذ لا يرتفع الحجر عنه إلا ببلوغه رشيدا وهذا ليس كذلك اهـ . وقوله الظاهر الخ محتمل ، والذى يظهر من التردد أن وليه ولى المجنون كما اقتضاه كلام القاضى ، وصريح قول الأذرعى أنه غير عاقل ، والمجنون إذا كان له أدنى تمييز كالصبي المميز فيما يأتى نقله الشيخان عن التتمة وأقراه واعترضه السبكى والأذرعى بأنه إن زال عقله فمجنون وإلا فهو مكلف وتصرفه صحيح فإن بذر فكسفيه اهـ . ويرد بأن شرط التكليف كمال التمييز ، أما أدناه فلا يلحقه بالمكلف ولا بالمجنون لأنه مخالف لهما فتعين إلحاقه بالصبي المميز (ويرتفع) حجر الجنون (بالإفاقة) منه من غير فك ولا اقتران بشىء آخر كإيناس رشد . وقضيته عود الولايات واعتبار الأقوال . نعم الولاية الجعلية كالقضاء لاتعود إلا بولاية جديدة فلعل المراد عود الأهلية (وحجر

معتمد (قوله مطلقا) طال نومه أو قصر (قوله والذى يظهر من التردد) هو من كلام مر ، ولعل المراد منه أن الحكم المذكور لايتقيد بمن خرسه أصلى وإلا فهو عند قول الجوجرى فإن الظاهر الخ . والحاصل أن النائم لا ولى له مطلقا ، وأن الأخرس الذى لا أشارة له وليه ولى المجنون (قوله من التردد) أى تردد الأسنوى المتقدم (قوله أن وليه) أى الأخرس سواء كان خرسه أصليا أو طارئا (قوله ولى المجنون) أى فوليه الأب ثم الجد ثم الوصى ثم القاضى ، وظاهر هذا الكلام أن الولاية تثبت عليه لمن ذكر وإن كان له كتابة أو أمكن توكيله بالإشارة . وقال فى الخرساء إنها إن لم تكن لها إشارة مفهمة ولا كتابة فالأوجه أنها كالمجنونة فيزوجها الأب ثم الجد ثم الحاكم دون غيرهم ، وقد يشكل عليهما ماذكر الشارح فى فصل فى أركان النكاح الخ من قوله وينعقد نكاح الأخرس وإشارته التى لايختص بفهمها الفطن وكذا بكتابته على ما فى المجموع ، وهو محمول على ما إذا لم تكن له إشارة مفهمة وتعذر توكيله لاضطراره حينئذ اهـ . فإنه صريح فى أنه لا ولى له ، اللهم إلا أن يقال : إن ذاك إنما يتأتى فيما إذا كان له إشارة مفهمة للفطن ، وما هنا فيما إذا لم تكن له إشارة أصلا ، أو يفرض بأن ذاك فى الخرس العارض بعد الرشد وما هنا فى استمرار خرس موجود فى الصبا (قوله والمجنون) أى ولو بالغا (قوله كالصبى المميز) أى فى الحجر عليه فى التصرفات المالية شرح روض (قوله فيما يأتى) منه صحة الصلاة وعدم المعاقبة على تركها وغير ذلك كما يفهم من تشبيهه بالصبى ، لكن مقتضى قول شرح الروض : أى فى الحجر عليه فى التصرفات المالية أنه فيما عدا المال ، كالبالغ العاقل فيفيد وجوب الصلاة عليه وعقابه على تركها وأنه يقتل إذا قتل بشرطه ويحد إذا زنى أو شرب الخمر إلى غير ذلك من الأحكام . وفى سم على حج مايوافق مافى شرح الروض وعبارته : قوله كصبي مميز قضيته أنه يصح منه مايصح من المميز كالصلاة ، وهو ظاهر حيث وجد فيه معنى التمييز الذى ضبطوه وهو كونه بحيث يأكل ويشرب ويستنجى وحده فى الجميع لكنه حينئذ لايتجه إلا كونه مكلفا ولا يتجه حمل مانقلاه عن التتمة عليه اهـ . وصريح قول الشارح كالصبى المميز ورد الاعتراض بأن شرط التكليف كمال التمييز قصر التشبيه على صحة العبادات فقط دون بقية التكاليف (قوله كمال التمييز) أى الذى ضبط به سم على حج فيما مر بقوله وهو كونه بحيث يأكل ويشرب الخ (قوله بالإفاقة) أى الصافية عن الخبل المؤدى إلى حالة يحمل مثلها على حدة فى الخلق كما صرح به فى النكاح (قوله نعم الولاية الجعلية كالقضاء) أى والإمامة والخطابة ونحوها ،

(قوله وبأن الأخرس الذى لايفهم الخ) حق العبارة وبأن الأخرس الذى لايفهم لايسمى مجنونا وإن ألحق بالمجنون

الصبا) بكسر الصاد وفتح الباء فشمل الذكر والأنثى (يرتفع) من حيث الصبا بمجرد بلوغه ومطلقا (ببلوغه رشيدا) لقوله تعالى ـ وابتلوا اليتامى ـ الآية ، والابتلاء الاختبار والامتحان ، والرشد ضد الغيّ كما مر وفى خبر أبى داود « لايتم بعد احتلام » والمراد من إيناس الرشد العلم به ، وأصل الإيناس الإبصار ، وتعبيره برشيدا كجماعة لاينافى من عبر بالبلوغ ، إذ من زاد على البلوغ الرشد أراد الإطلاق الكلى ، ومن لم يزده أراد حجر الصبا . قال : وهذا أولى لأن الصبا سبب مستقل بالحجر ، وكذا التبذير وأحكامهما متغايرة ، ومن بلغ مبذرا فحكم تصرفه حكم تصرف السفيه لاحكم تصرف الصبيّ اه . ولو ادعى الرشد بعد بلوغه وأنكره وليه لم ينفكّ الحجر عنه ، ولا يحلف الولى كالقاضى والقيم بجامع أن كلا أمين ادعى انعزاله ، ولأن الرشد مما يوقف عليه بالاختبار فلا يثبت بقوله ، ولأن الأصل كما قاله الأذرعى يعضد قوله بل الظاهر أيضا إذ الظاهر فيمن قرب عهده بالبلوغ عدم الرشد، فالقول قوله فى دوام الحجر إلا أن تقوم بينة برشده . نعم سئل الوالد رحمه الله تعالى : هل الأصل فى الناس الرشد أو ضده ؟ فأجاب بأن الأصل فيمن علم الحجر عليه : أى بعد بلوغه استصحابه حتى يغلب على الظن رشده بالاختبار وأما من جهل حاله فعقوده صحيحة كمن علم رشده (والبلوغ) يحصل (باستكمال خمس عشرة سنة) قمرية تحديدية حتى لو نقصت يوما لم يحكم ببلوغه ، وابتداؤها من انفصال جميع الولد لخبر ابن عمر رضى الله عنهما « عرضت على النبى صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ولم يرنى بلغت ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى ورآنى بلغت » ومراده بقوله وأنا ابن أربع عشرة سنة : أى طعنت فيها ، وبقوله وأنا ابن خمس عشرة سنة أى استكملتها ، لأن غزوة أحد كانت فى شوال سنة ثلاث

نعم يستثنى الناظر بشرط الواقف والحاضنة والأب والجد فتعود إليهم الولاية بنفس الإفاقة من غير تولية جديدة وألحق بهم الأم إذا كانت وصية (قوله بكسر الصاد) أى ويجوز فتحها وكسر الباء . قال حج ردا على الأسنوى : أنه لا بعد فيه (قوله والامتحان) عطف تفسير (قوله العلم به) أى لا توهمه (قوله وأصل الإيناس) أى اللغوى (قوله من عبر بالبلوغ) أى كشيخ الإسلام (قوله وهذا أولى) الإشارة إلى قوله ومن لم يزده (قوله حكم تصرف السفيه) أى من حجر عليه ومنه صحة نكاحه بإذن وليه وعدم صحة تزويج وليه إياه بدون إذن منه بخلاف الصبى (قوله لم ينفك الحجر عنه) بقى عكسه وهو مالو أقرّ الولىّ برشده هل ينفك عنه الحجر أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى . ثم رأيته فى حج حيث قال بعد قول المصنف الآتى فعلى الأوّل الأصح أنه لايصح بيعه الخ مانصه : ولا يقتضى إقراره : أى الولى به : أى بالرشد فك الحجر وإن اقتضى انعزاله ، وحيث علمه لزمه تمكينه من ماله وإن لم يثبت ، لكن صحة تصرفه ظاهرا متوقفة على بينة برشده : أى أو ظهوره كما صرح به بعضهم حيث قال : يصدق الولى فى دوام الحجر لأنه الأصل مالم يظهر الرشد أو يثبت ، فعلى هذا لايصح تصرف الصبى فى ماله قبل ثبوت رشده بالبينة أو الظهور ولا تصرف الولى لاعترافه برشده (قوله بقوله) أى قول الصبى (قوله يعضد قوله) أى يقوى قول الولى (قوله بل الظاهر) أى بل الظاهر يعضد قول الولى أيضا (قوله إلا أن تقوم بينة برشده) أى فإن قامت بينة بذلك بعد تصرف الولى تبين بطلان تصرفه (قوله ولم يرنى) أى لم يعلمنى (قوله ورآنى) عطف علة

(قوله فشمل الذكر والأنثى) انظر ما وجه التفريع على خصوص هذا التفسير مع أن عكسه أظهر فى الشمول (قوله والرشد ضد الغيّ كما مر) أى فى الخطبة لكن هذا ليس المراد هنا (قوله وتعبيره برشيدا) يعنى وتقييده البلوغ بالرشد ، وقوله لاينافى من عبر بالبلوغ : يعنى من اقتصر على البلوغ

والخندق فى جمادى سنة خمس وقد قال القمولى : عن الشافعى إنه صلى الله عليه وسلم رد سبعة عشر صحابيا وهم أبناء أربع عشرة سنة لأنه لم يرهم بلغوا ، وعرضوا عليه وهما أبناء خمس عشرة سنة فأجازهم ، منهم زيد بن ثابت ورافع ابن خديج وابن عمر (أوخروج المنى) لوقت إمكانه من ذكر أوأنثى لقوله تعالى ـ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا ـ وخبر « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يحتلم » والحلم الاحتلام ، وهولغة مايراه النائم ، والمراد به هنا خروج المنىّ فى نوم أو يقظة بجماع أوغيره ، فتعبيره بالخروج أعم من تعبير أصله بالاحتلام ، وكلام المصنف يقتضى تحقق خروج المنى ، فلو أتت زوجة الصبى بولد يلحقه لايحكم ببلوغه به وهو المنصوص ونقله الرافعى فى باب اللعان عن الأصحاب لأن الولد يلحق بالإمكان والبلوغ لايكون إلا بتحققه ، وعلى هذا لايثبت إيلاده إذا وطىء أمته وأتت بولد ، وهو كذلك خلافا للبلقينى فى ثبوت إيلاده والحكم ببلوغه (ووقت إمكانه استكمال تسع سنين) قمرية بالاستقراء ، وأفهم تعبيره بالاستكمال أنها تحديدية ، وهو كذلك كما مر وإن بحث بعض المتأخرين أنهاتقريبية كالحيض لأن الحيض ضبط له أقل وأكثر فالزمن الذى لايسع أقل الحيض والطهر وجوده كالعدم بخلاف المنى وسواء فى ذلك الذكر والأنثى (ونبات) شعر (العانة) الخشن الذى يحتاج فى إزالته إلى نحوحلق وظاهر أنها اسم للمنبت لا للنابت وفيه خلاف لأهل اللغة ، والأشهر أنها النابت وأن المنبت شعرة بكسر أوله (يقتضى الحكم ببلوغ ولد الكافر) ومن جهل إسلامه إذا كان على فرج واضح أو فرجى مشكل معا كما قاله جمع متقدمون ، وتوقف البلقينى فيه يجاب عنه بما يأتى من أنه دليل على البلوغ بالاحتلام فاشترط كونه على الفرجين كما يشترط خروج المنى منهما وشمل كلامه الذكر والأنثى وهو كذلك ، خلافا للجورى لما صح عن

على معلول : أى أجازنى لرؤيته بلوغى (قوله سنة خمس) الصحيح أنها سنة أربع كما فى الروضة ، وعلى هذا فلا إشكال فى جواب الشارح . أما على ماذكره من أنها سنة خمس فلا يتم الجواب بما ذكر لأن بينهما أكثر من سنتين كذا بهامش ، وفيه أن الإشكال مندفع بما ذكره لأنه صدق عليه بتقدير كونها فى سنة خمس أنه استكمل الخمسة عشر وأخذ جزءا مما بعدها (قوله أو خروج المنىّ) ضابطه مايوجب الغسل ، ولو أحسّ بالمنىّ فى قصبة الذكر فقبضه فلم يخرج حكم ببلوغه وإن لم يجب الغسل لاختلاف مدرك البابين لأن المدار فى الغسل على الخروج إلى الظاهر وفى البلوغ على الإنزال قاله مر . ولا يرد هذا على قوله السابق إن ضابطه مايوجب الغسل لأن المراد مايكون شأنه إيجاب الغسل لو خرج فليتأمل اهـ سم على منهج (قوله بولد يلحقه) بأن بلغ تسع سنين وستة أشهر مدة الحمل (قوله لايكون إلا بتحققه) أى لايحكم به إلا الخ (قوله لايثبت إيلاده) أى ويثبت نسبه لإمكانه (قوله إذا وطىء) أى وثبت وطؤه بغير إقراره لأن لحوق الولد من الأمة لايكفى فيه مجرد الإمكان من غير ثبوت الوطء ، بخلاف لحوق الولد من الزوجه فإنه يكفى فيها مجرد الإمكان بعد العقد وإن لم يعلم وطء (قوله أنها تحديدية) أى فى الذكر والأنثى كما يأتى (قوله بعض المتأخرين) مراده حج (قوله والأشهر) أى عند أهل اللغة (قوله كما يشترط خروج المنى منهما) وعليه لو خرج من أحدهما واستدخلته امرأة ثم أتت بولد لحقه احتياطا للنسب ولا يحكم ببلوغه كما مر

(قوله فلو أتت زوجة الصبى بولد يلحقه) أى بأن أمكن كونه منه بأن أتت به بعد ستة أشهر من الوطء ، وعبارة التحفة : فلو أتت زوجة صبى بلغ تسع سنين بولد للإمكان لحقه (قوله وهو كذلك كما مر) لعل مراده فى الحيض (قوله وظاهر) أى ظاهر ما حلّ به المتن من زيادة لفظ شعر (قوله وتوقف البلقينى فيه) أى فى اشتراط كونه على الفرجين أخذا من الجواب (قوله يجاب عنه مما يأتى من أنه دليل على البلوغ بالاحتلام) الذى سيأتى للشارح تصحيح أنه دليل على البلوغ بأحدهما (قوله لما صح الخ) تعليل للمتن

عطية القرظى : كنت من سبى بنى قريظة فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل ، فكشفوا عن عانتى فوجدوها لم تنبت فجعلونى فى السبى . ووقت إمكانه وقت إمكان الاحتلام ، ولو لم يحتلم وشهد عدلان بأن سنه دون خمس عشرة سنة لم يحكم ببلوغه بالإنبات ، قاله الماوردى . وقضيته أنه دليل البلوغ بالسن ، وقال الأسنوى كالسبكى يتجه أنه دليل للبلوغ بأحدهما اهـ . وهذا هو الأصح . ويجوز النظر إلى عانة من احتجنا لمعرفة بلوغه للخبر المار وخرج بها شعر اللحية والإبط فليس دليلا للبلوغ لندورهما دون خمس عشرة سنة ، ولأن إنباتهما لو دل على البلوغ لما كشفوا العانة فى وقعة بنى قريظة لما فيه من كشف العورة مع الاستغناء عنه ، وفى معناهما الشارب وثقل الصوت ونهود الثدى ونتوّ طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة ونحو ذلك (لا المسلم فى الأصح) فلا يكون علامة على بلوغه لسهولة مراجعة آبائه وآقاربه المسلمين ولأنه متهم فى الإنبات فربما تعجله بدواء دفعا للحجر وتشوّفا للولايات ، بخلاف غيره فإنه يفضى به إلى القتل أو ضرب الجزية ، وهذا جرى على الأصل والغالب إذ الأنثى والخنثى ومن تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين كذلك ، ويصدق ولد كافر سبى فادعى الاستعجال بالدواء بيمينه لدفع القتل لا لإسقاط جزية لو كان من أولاد أهل الذمة وطولب بها والفرق الاحتياط لحق المسلمين فى الحالين ويجب تحليفه فى الأولى إذا أراده ولا يشكل تحليفه بأنه يثبت صباه ، والصبى لا يحلف لمنع كونه يثبته بل هو ثابت بالأصل وإنما العلامة وهى الإنبات عارضها دعواه الاستعجال فضعفت دلالتها على البلوغ فاحتيج لمعين لما عارضها ، وأيضا فالاحتياط لحقن الدم قد يوجب مخالفة القياس ، ولذا قبلت جزية المجوس مع حرمة

فى زوجة الصبى (قوله وقت إمكان الاحتلام) أى فلو أنبت قبل إمكان خروج المنىّ لم يحكم ببلوغه (قوله وهذا هو الأصح) أى فيحكم ببلوغ الصبى وإن شهدت بينة بعدم بلوغه خمس عشرة سنة ، وفى حاشية شيخنا الزيادى أن المعتمد خلاف ما قاله الماوردى وعبارته قوله قاله الماوردى الخ ، بل يحكم ببلوغه بالإنبات فلا تعتبر البينة اهـ . وهى صريحة فيما قلناه (قوله ويجوز النظر إلى عانة) أى أما المسّ فلا ، ولعله لأن معرفة كونه يحتاج إلى حلق تكفى فيه الرؤية ومحل جواز النظر حيث لم يرتكب الحرمة ويمس ، فإن خالف وفعل فينبغى حرمة النظر لحصول المقصود بالمس (قوله فليس دليلا للبلوغ) أى فلا يتوقف الحكم بالبلوغ حيث لم يعلم استكمال الخمس عشرة سنة على نباتهما بل يكتفى بنبات العانة ، وليس معناه أنه إذا نبتت لحيته بالفعل لا يحكم ببلوغه بل ذلك علامة بالأولى من نبات العانة ويدل عليه قوله لندورهما دون خمسة عشر ، وفى حج مايصرح بخلاف ذلك وعبارته : وخرج بها نبات نحو اللحية فليس بلوغا كما صرح به الشرح الصغير فى الإبط وألحق به اللحية والشارب بالأولى فإن البغوى ألحق الإبط بالعانة دونهما وفى كل ذلك نظر ، بل الشعر الخشن من ذلك كالعانة فى ذلك وأولى إلا أن يقال إن الاقتصار عليها : أى العانة أمر تعبدى وهو صريح منه فى أن اللحية إذا نبتت لا يستدل بنباتها على البلوغ حيث لم تنبت عانته ولكنه نظر فيه كما ترى ، فلعل ما ذكرناه أولا أوجه (قوله ونهود الثدى) أى ارتفاعه . قال فى المصباح : نهد الثدى نهودا من باب قعد ومن باب نفع كعب وأشرف ، وجارية ناهد وناهدة أيضا والجمع نواهد (قوله وانفراق الأرنبة) أى طرف الأنف (قوله كذلك) أى فى إنبات عانتهما علامة ولد الكافر دون المسلم (قوله وطولب بها) قضيته أن الجزية تؤخذ من أولاد الذميين تبعا لآبائهم ، والمعتمد أنها لا تجب إلا بالتزامهم الجزية ومن ثم قال سم على منهج : لا لعدم ضرب الجزية (قوله إذا أراده) أى الحلف فلو امتنع منه قتل للحكم

(قوله لندورهما) أى فلم يجعلا مناطا للحكم على القاعدة (قوله ولأن إنباتهما لو دلّ على البلوغ لما كشفوا الخ)

مناكحتهم علينا ، وهذا التفصيل هو المعتمد وتزيد المرأة) عليه (حيضا) لوقت إمكانه السابق بالإجماع (وحبلا) وعبر غيره بالولادة وكل منهما ليس بلوغا وإنما البلوغ بالإنزال ، والولادة المسبوقة بالحبل دليل عليه ، ومن ثم يحكم بالبلوغ قبلها بستة أشهر ولحظة ، فلو أتت المطلقة بولد يلحق الزوج حكمنا بالبلوغ لها قبل الطلاق بما مر وسكت المصنف عن الخنثى المشكل وحكمه أنه إن أمنى بذكره وحاض من فرجه حكم ببلوغه ، لا إن وجدا أو أحدهما من أحد الفرجين لجواز أن يظهر من الآخر مايعارضه ، كذا قاله الجمهور وهو المعتمد ، وإن قال الإمام : ينبغي الحكم ببلوغه بأحدهما كما يحكم بالإيضاح به ثم يغير إن ظهر خلافه ، وقال الرافعي : إنه الحق وسكت عليه المصنف ، وأما قول الإمام كالحكم بالإيضاح به ففرق ابن الرفعة بين الحكم بالبلوغ بذلك وبين الحكم بالذكورة والأنوثة بأن احتمال ذكورته مساو لاحتمال أنوثته ، فإذا ظهرت صورة منيّ به أو حيض فى وقت إمكانه غلب على الظن الذكورة أو الأنوثة فتعين العمل به مع أنه لا غاية بعده محققة تنتظر ، ولا يحكم بالبلوغ لأن الأصل الصبا فلا نبطله عما يجوز أن يظهر بعده مايقدح فى ترتب الحكم عليه مع أن لنا غاية تنتظر وهى استكمال خمس عشرة سنة ، وأما قوله ثم يغير فقال الأذرعى : تغير الحكم فيما يمكن من الأقوال والأفعال التى تبقى معها الحياة ظاهر ، لكن إذا حكمنا ببلوغه رتبنا عليه أثره من القتل بقود وردة وغيرهما مع بقاء الشك فى البلوغ وفيه بعد اهـ . وقال المتولى : إن وقع ذلك مرة لم يحكم ببلوغه وإن تكرر حكمنا به . قال المصنف : وهو حسن غريب . قال الأسنوى : والاستدلال بالحيض على الأنوثة وبالمنى عليها أو على الذكورة شرطه التكرار ، والإمام والرافعى استندا فى تصويب الأخذ بأحد الأمرين إلى القياس على الأخذ بالذكورة أو الأنوثة فعلم أن صورة ذلك فى التكرار اهـ .

ببلوغه بنبات العانة المقتضى لبلوغه ولم يأت بدافع (قوله وكل منهما) أى الحبل والولادة (قوله قبل الطلاق بما مر) أى بلحظة وإن زادت المدة على ستة أشهر كسنة ، ومحل ما ذكر من اعتبار اللحظة قبل الطلاق حيث أمكن اجتماعه بها فى ذلك الوقت وإلا فالمدة إنما تعتبر من آخر أوقات إمكان الاجتماع (قوله حكم ببلوغه) أى أو أمنى بهما (قوله بذلك) أى بالأحد حيث لم نقل به (قوله وبين الحكم بالذكورة) أى حيث قلنا بهما ، والمعنى فرق بين عدم البلوغ بالأحد وحصول الإيضاح به (قوله والأنوثة) أى فيحكم بذكورته بخروج المنىّ من آلة الرجال ولا يحكم ببلوغه وهو مشكل ، فإن سبب الحكم بذكورته كونه منيا من طريقه المعتاد ومن لازمه البلوغ فالحكم بإيضاحه بالذكورة بالمنى المذكور وعدم بلوغه لايظهر له معنى (قوله مع أن لنا غاية تنتظر) قضيته أنه لو أمنى أو حاضت أو وجدا من أحدهما وقلنا بعدم البلوغ بذلك ثم بلغ خمس عشرة سنة ولم يعرض مايخالف ماظهر منه أنا إنما نحكم ببلوغه بعد بلوغ الخمس عشرة ولا نقول تبين بذلك الحكم ببلوغه بخروج المنى مثلا ، وعليه فتصرفاته الواقعة بعد خروج المنى أو الحيض وقبل بلوغ السن المذكور باطلة للحكم بصباه واحتمال جواز عروض خلافه ممكن ولو بعد (قوله وأما قوله) أى الإمام (قوله التى تبقى معها الحياة) أى تمتد (قوله إن وقع ذلك) أى الحيض أو المنى من الخنثى (قوله وهو) أى ماقاله المتولى (قوله حسن) من حيث المعنى غريب من حيث النقل (قوله فعلم)

هذا إنما يتضح لو كان لمن كشفوه شعر لحية أو إبط (قوله حكمنا بالبلوغ لها قبل الطلاق بلحظة) أى وإن زادت المدة على ستة أشهر فهو كالمستثنى مما قبله ، ومن ثم عبر الشهاب حج بعد قوله يحكم ببلوغها قبله بستة أشهر ولحظة بقوله ما لم تكن مطلقة وتأتى بولد يلحق المطلق فيحكم ببلوغها قبل الطلاق بلحظة (قوله وحاض من فرجه) أى أو أمنى منه كما هو ظاهر (قوله وأما قول الإمام كالحكم بالإيضاح) أى الذى عبر عنه الشارح بقوله فيما مر بقوله كما يحكم بالاتضاح به وكان الأولى خلاف هذا السياق

فعلم من ذلك أن كلام الإمام موافق لكلام المتولى ، ومرّ وجوب الغسل بخروج المنى من غير طريقه المعتاد ، فعليه لامنافاة بين الحيض وخروج المنى من الذكر لكن ذاك محله مع انسداد الأصلى وهو منتف هنا ، ويصدق مدعى البلوغ بالاحتلام أو الحيض بلا يمين ولو فى خصومة لأنه لايعرف إلا من جهته ، ولأنه إن صدق فلا يحلف وإلا فكيف يحلف مع صغره . نعم إن كان من الغزاة وطلب سهم المقاتلة أو إثبات اسمه فى الديوان حلف عند التهمة ، وسيأتى ذلك فى باب الإقرار (والرشد صلاح الدين والمال) جميعا كما فسر به آية - فإن آنستم منهم رشدا - لأنه نكرة فى سياق الشرط ، وهى للعموم ، وشمل كلامه الكافر فيعتبر فيه ماهو صلاح عندهم فى الدين والمال كما نقله فى الروضة عن القاضى أبى الطيب وغيره وأقرّاه . ثم بين صلاح الدين بقوله (فلا يفعل محرما يبطل العدالة) من كبيرة أو إصرار عن صغيرة مع عدم غلبة الطاعات المعاصى ، واحترز بالمحرم عما يمنع قبول الشهادة لإخلاله

(قوله فعلم) أى من كلام الشارح (قوله فعليه) أى على مامر (قوله لكن) اعتراض على قوله لامنافاة (قوله وهو منتف قد يمنع بأن المراد بانسداده عدم خروج شىء منه لا انسداده بلحمة ونحوها (قوله مدعى البلوغ بالاحتلام) بخلاف مدعيه بالسن فلا يقبل إلا ببينة (قوله وإلا فكيف يحلف) قضية ما ذكر أنه لو وقعت الدعوى عليه بعد البلوغ فى تصرف صدر قبل تحقق البلوغ كأن ادعى عليه أنه اشترى من سنتين مثلا وكان صبيا فادعى هو أنه كان بالغا حلف لأن حلفه ينفى صباه ، لكنه إنما وقع بعد البلوغ فلا يقال فيه إن الصبى لايحلف (قوله حلف عند التهمة) أى وجوبا (قوله لأنه نكرة) قال سم على حج : قد يشكل على العموم هنا أن دلالة العام كلية بمعنى أن الحكم متعلق بكل فرد فرد ، ولكل من صلاح المال وصلاح الدين أفراد كثيرة ، فإن تعلق الحكم بكل واحد اقتضى الاكتفاء فى دفع الأموال إليهم بوجود أى فرد من أفراد الصلاحين وهو خلاف مذهبهم وإن تعلق بالمجموع على خلاف الأصل فى العام اقتضى أنه لابد من غاية كل من الصلاحين لأنها من الأفراد فليتأمل اهـ . أقول : وقد يجاب بأن المراد التعلق بالمجموع على معنى أنه متى تحقق مايصدق عليه المجموع وجد الرشد وهو بهذا المعنى لايتوقف على بلوغ الغاية (قوله من كبيرة) مطلقا اهـ حج : أى غلبت الطاعات أولا

(قوله وأما قوله) أى الإمام (قوله فعلم من ذلك أن كلام الإمام موافق لكلام المتولى) أى ومع ذلك فكم منهما ضعيف كما علم مما مر (قوله ومرّ وجوب الغسل الخ) حاصل المقصود من هذا أنهم عللوا الحكم بالبلوغ بالحيض من الفرج والإمناء من الذكر بأنه إما ذكر أمنى أو أنثى حاضت فأبدى فيه فى شرح الروض سؤالا ، حاصله أنهم أوجبوا الغسل بخروج المنىّ من غير طريقه المعتاد ، فحينئذ لامنافاة بين خروج المنىّ من الذكر والحيض من الفرج لاحتمال أنه أنثى حاضت من فرجها وأمنت من غير طريق منيها المعتاد : أى فلا يتم الترديد فى تعليلهم ، ثم أجاب عنه بأن محل وجوب الغسل بخروج المنى من غير طريقه إذا انسد الأصلى وهو منتف هنا ، والشارح رحمه الله أسقط التعليل المذكور ثم ذكر ما ذكره فلم يظهر معناه (قوله من كبيرة أو إصرار على صغيرة) أى عند البلوغ بدليل ما سيأتى فى المتن أنه لو فسق : أى بفعل الكبيرة أو الإصرار على الصغيرة بعد البلوغ لم يحجر عليه الصادق ذلك بقلة الزمن بين البلوغ وبين الفسق وكثرته ، وعليه فلا يتحقق السفه إلا فيمن أتى بالفسق مقارنا للبلوغ ، وحينئذ فالبلوغ على السفه فى غاية الندور كما لايخفى فلينظر هنا الاقتضاء

بالمروءة كالأكل فى السوق فلا يمنع الرشد لأن الإخلال بالمروءة ليس بحرام على المشهور ، ولو شرب النبيذ المختلف فيه فنى التحرير والاستذكار إن كان يعتقد حله لم يؤثر ، أو تحريمه فوجهان أوجههما التأثير ، وإصلاح المال بقوله (ولا يبذر بأن يضيع المال) أى جنسه (باحتمال غبن فاحش فى المعاملة) ونحوها ، وهو مالا يحتمل غالبا كما سيأتى فى الوكالة بخلاف اليسير كبيع مايساوى عشرة بتسعة ، ومحل ذلك كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى عند جهله بحال المعاملة ، فإن كان عالما وأعطى أكثر من ثمنها كان الزائد صدقة خفية محمودة (أو رميه) أى المال وإن قل (فى بحر) أو نار أو نحوهما (أو إنفاقه فى محرم) ولو صغيرة لما فيه من قلة الدين ، والتبذير الجهل بمواقع الحقوق ، والسرف الجهل بمقادير الحقوق ، قاله الماوردى فى أدب الدين والدنيا . وكلام الغزالى يقتضى ترادفهما ، ومراد المصنف بالإنفاق الإضاعة لأنه يقال فى المخرج فى الطاعة انفاق ، وفى المكروه والمحرم إضاعة وخسران وغرم ، وظاهر كلامهم عدم إلحاق الاختصاص هنا بالمال وهو محتمل ، ويحتمل خلافه (والأصح أن صرفه) أى المال وإن كثر (فى الصدقة و) باقى (وجوه الخير) هو من عطف العام على الخاص ، وهو وارد شائع فى الكتاب والسنة كالعتق (والمطاعم والملابس التى لاتليق بحاله ليس بتبذير) أما فى الأولى فلما فى السرف فى الخير من غرض الثواب ، ولا سرف فى الخير كما لاخير فى السرف ، وحقيقة السرف مالا يكسب حمدا فى العاجل ولا أجرا فى الآجل . وقيل يكون بذلك مبذرا إن بلغ مفرطا فى الإنفاق وإن عرض له ذلك بعد البلوغ مقتصدا فلا . وأما فى الثانية فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ . وقيل يكون تبذيرا عادة . وقضية ماتقرر أنه ليس بحرام . نعم

(قوله لأن الإخلال بالمروءة ليس بحرام) ومن الإخلال المحافظة على ترك الرواتب أو بعضها فترد بها الشهادة وليست محرمة وعبارة شرح الورقات الكبير للعلامة سم نصها : فالواجب ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه ، والمراد بتركه كف نفسه عنه ، لاتكليف إلا بفعل ، وهو فى النهى الكف ، والمراد العقاب فى الآخرة كما هو المتبادر فلا يرد قتال أهل بلد اتفقوا على ترك الأذان أو العيد على وجه مرجوح ولا رد شهادة من واظب على ترك رواتب النوافل ، على أن الفزارى أجاب عن الأول بأن المقاتلة لم تكن على نفس الترك بل على لازمه ، وهو الإخلال فى الدين وهو حرام اه وفيه نظر . وعلى الثانى بأن رد الشهادة ليس عقابا بل هو عدم أهلية مرتبة شرعية انتهى (قوله على المشهور) أى مالم يكن متحملا للشهادة (قوله فنى التحرير) للجرجانى (قوله والاستذكار) للدارمى (قوله إن كان يعتقد حله) كالحنفى (قوله أو تحريمه) كالشافعى (قوله أى جنسه) أى وإن لم يكن متمولا (قوله كبيع مايساوى عشرة بتسعة) أى من الدراهم وخرج الدنانير فلا يحتمل ذلك فيها (قوله وأعطى) ولو كان المعطى له غنيا إذ لاتمتنع محاباته وتجوز الصدقة عليه (قوله وكلام الغزالى الخ) وهو ظاهر بناء على أن الصرف فى المآكل اللذيذة ونحوها ليس تبذيرا وغير ظاهر على أنه تبذير يحجر به مع كونه ليس حراما (قوله فى الطاعة) سكت عن المباح ، ولعله أراد بالطاعة مايشمله (قوله ويحتمل خلافه) وهو المعتمد : أى فيلحق بالمال فيحرم إضاعة مايعد منتفعا به منه عرفا ويحجر بسببه (قوله كالعتق) تصوير لوجوه الخير الخ (قوله أما فى الأولى) هى الصدقة ووجوه الخير (قوله مقتصدا) أى متوسطا (قوله وأما فى الثانية) هى المطاعم والملابس الخ (قوله ويلتذ) أى به (قوله وقضية ماتقرر الخ) وهل

مراد أولا (قوله ليس بحرام على المشهور) ومقابل المشهور وجهان : أحدهما الحرمة مطلقا . والثانى إن كان قد تحمل شهادة كما حكى ذلك العلامة ابن رزين ، وليراجع ماسيأتى للشارح فى الشهادات (قوله كما أفاده الوالد) أى تبعا لغيره (قوله هو من عطف العام على الخاص) لا يلاقى هذا تقديره لفظ باقى فى المتن ، إذ باعتباره يكون من عطف المغاير . والحاصل أنه يجاب عن المتن بجوابين : أحدهما أنه على حذف المضاف الذى قدره الشارح . والثانى أنه من عطف العام على الخاص (قوله وحقيقة السرف الخ) هذا يوافق ما اقتضاه كلام الغزالى من ترادف

إن صرفه فى ذلك بطريق الاقتراض له ، وهو لايرجو وفاءه من سبب ظاهر فحرام كما يأتى فى قسم الصدقات (ويختبر) من جهة الولىّ ولو غير أصل (رشد الصبى) فى الدين والمال لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى - أى اختبروهم . أما فى الدين فبمشاهدة حاله فى العبادات وتجنب المحظورات وتوقى الشبهات ومخالطة أهل الخير ، وإنما عبر بالصبى وإن كانت الأنثى كذلك لأنه يذكر المرأة بعد (و) ما فى المال فإنه (يختلف بالمرتب فيختبر ولد التاجر بالبيع والشراء) أى بمقدماتهما فعطفه مابعدهما عليهما من عطف الرديف أو الأخص وذلك لما يذكره بعد من عدم صحتهما منه فلا اعتراض عليه خلافا لمن زعمه (والمماكسة فيهما) وهو طلب النقصان عما طلبه البائع وطلب الزيادة على مايبذله المشترى وإذا اختبر فى نوع من التجارة كفى ولا يحتاج إلى اختباره فى باقيها كما ذكره الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، وولد السوقة كولد التاجر (و) يختبر (ولد الزراع) وهو أعم من قول المحرر والمزارع فإنه الذى يدفع أرضه لمن يزرعها والزراع يتناوله كما يتناول من يزرع بنفسه (بالزراعة والنفقة على القوّام بها) أى إعطاؤهم الأجرة وهم من استؤجر على القيام بمصالح الزرع من حرث وحصد وحفظ (و) يختبر (المحترف) كما أشار لذلك الشارح بضبطه بالرفع ليفيد به أن العبرة بحال الشخص بالاحتراف ولو مآلا لابحرفة أبيه حيث لم يردها ويصح جره ، وعليه يرجع ضمير حرفته للمضاف إليه وهو سائغ ويكون فائدته تعميم بعد تخصيص ، ويؤيده قول الكافى يختبر الولد بحرفة أبيه وأقاربه . والأوّل أولى (بما يتعلق بحرفته) أى حرفة أبيه إن لم يرد سواها فيختبر ولد الخياط مثلا بتقدير الأجرة وولد الأمير ونحوه بأن يعطى شيئا من ماله لينفقه فى مدة شهر فى خبز ولحم وماء ونحوه كما فى الكفاية تبعا لجماعة ، ثم نقل عن الماوردى أنه يدفع إليه نفقة يوم فى مدة شهر ثم نفقة اسبوع ثم نفقة

يكره ؟ نعم قاله المؤلف وهو ظاهر (قوله وهو لايرجو وفاءه) أى حالا والكلام محله حيث لم يعلم المقرض بحاله اهـ حج (قوله ويختبر) أى وجوبا (قوله أى اختبروهم) تفسير الابتلاء بما ذكر قد ينافى مامر له من أنه نبه به على الحجر ، إلا أن يقال إنه لما أمر باختبارهم دل على أنهم ممنوعون من التصرف ، ولا يلزم من ذلك أن معنى الابتلاء هو الحجر (قوله وتوقى الشبهات) هذا يقتضى أنه لو ارتكب الشبهات لايكون رشيدا وليس مرادا لما مر من أن ضابط صلاح الدين أن لايفعل محرما يبطل العدالة ، وإنما مراده بذلك المبالغة فى استكشاف حال الصبى (قوله فيختبر ولد التاجر) لعل المراد به التاجر عرفا كالبزاز لامن يبيع ويشترى أخذا من قوله الآتى وولد السوقة الخ (قوله من عطف الرديف) أى بناء على أن المراد بالمماكسة جميع مقدمات البيع والشراء ، وقوله أو الأخص : يعنى بناء على أن المقدمات أعم وأن المماكسة طلب الشراء بدون مايذكره البائع والبيع بأكثر مما يذكره المشترى (قوله كما ذكره الشيخ أبو حامد) أى ثم إن ظهر خلافه فى غير ذلك النوع تبين عدم رشده (قوله أى إعطاؤهم) أى التى عينها وليه للدفع للعمل ويكون كما لو أمره بتفرقة الزكاة ونحوها وحيث احتاج إلى شراء ماينفقه عليهم أو استئجار بعضهم على عمل يعمله اشترط أن يكون العقد من وليه اهـ سم على منهج بالمعنى . وسيأتى الإشارة إليه فى قوله وليس ذلك مفرعا على القول بصحة تصرفه الخ (قوله للمضاف إليه) هو قوله الزراع (قوله نفقة يوم)

التبذير والسرف كما صرح به الشهاب ابن حجر (قوله وإنما عبر بالصبى وإن كانت الأنثى كذلك) هذا لايوافق ماقدمه فى شرح قول المصنف وحجر الصبى يرتفع ببلوغه رشيدا من شمول الصبى للأنثى (قوله أى حرفة أبيه) أى بناء على الوجه الثانى فيما قدمه ، لكن هذا لايناسب ماحل به قول المصنف والمحترف ، فكان الأول أن يقول :

شهر ، وليس ذلك مفرعا على القول بصحة تصرفه لما مر من أنه يمتحن بذلك ، فإن أراد العقد عقد الولى كما سيأتى والحرفة الصنعة كما قاله الجوهرى. سميت بذلك لأنه ينحرف إليها ويختبر من لاحرفة لأبيه بالنفقة على العيال إذ لايخلو من له ولد عن ذلك غالبا (و) تختبر (المرأة بما يتعلق بالغزل والقطن) من حفظ وغيره ، والغزل يطلق على المصدر وعلى المغزول . قال الأسنوى : والظاهر أنه إنما أراد المصدر : يعنى أنها هل تجتهد فيه أولا ، وكلام المصنف شامل للمرأة البرزة وغيرها ، وهوأوجه من قصر الأذرعى له على المخدرة . أما البرزة ففى بيع الغزل وشراء القطن ، ومحل ماتقرر كما أفاده السبكى فيمن يليق بها الغزل والقطن . أما بنات الملوك ونحوهم فلا يختبرون بذلك بل بما يعمله أمثالهن ، والمختبر الولى أيضا كما لايخفى ولا ينافيه النص ، على أن النساء والمحارم يختبرونها لأن الولى يتهم فى ذلك ، وعليه فالأوجه الاكتفاء بأحدهما . وقيل لابد من اجتماعهما . وقضية هذا النص عدم قبول شهادة الأجانب لها بالرشد ، وبه أفتى ابن خلكان والأوجه خلافه كما قاله التاج الفزارى . قال : وإنما تعرض الشافعى للطريق الغالب فى الاختبار دون الزيادة ، ويؤيد ذلك بما يأتى في الشهادات أن الشاهد عليها لايكلف السؤال عن كيفية تحمله عليها ما لم يكن عاميا لأنه قد يظن صحة تحمله عليها اعتمادا على صوتها (وصون الأطعمة عن الهرة) أى الأنثى والذكر مثلها فى ذلك ويقال له هر (ونحوها) كفأرة ودجاجة لأنه بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع وذلك قوام الرشد ، والخنثى تختبر بما يختبر به الذكر والأنثى ليحصل العلم بالرشد كما قاله ابن المسلم (ويشترط تكرر الاختبار مرتين أو أكثر) بحيث يغلب على الظن رشده فلا يكفى مرة لأنه قد يصيب فيها اتفاقا (ووقته) أى الاختبار (قبل البلوغ) الآية - وابتلوا اليتامى - واليتم يكون قبل البلوغ ، والمراد بالقبلية : الزمن المقارب للبلوغ بحيث يظهر رشده ليسلم إليه المال كما أشار إليه الإمام عن الأصحاب (وقيل بعده) ليصح تصرفه ، ورد بأنه يؤدى إلى الحجر على البالغ الرشيد إلى اختباره وهو باطل ، والمخاطب بالاختبار على الأول كل ولى ، وعلى الثانى وجهان : أحدهما كذلك . والثانى الحاكم فقط ، ونسب الجورى الأول إلى عامة الأصحاب والثانى إلى ابن سريج (فعلى الأول الأصح) بالرفع كما قاله الشارح (أنه لايصح عقده) لما مر من بطلان تصرفه (بل) يسلم إليه المال ، و (يمتحن فى المماكسة ، فإذا أراد العقد عقد الولى) والثانى يصح عقده للحاجة ، وعلى الوجهين لو تلف المال فى يد الممتحن لم يضمنه وليه إذ هو مأمور بدفع ذلك له ، والأوجه أنه يختبر السفيه أيضا ، فإذا

أى كل يوم (قوله وليس ذلك) أى دفع النفقة الخ (قوله لأنه ينحرف) أى يمال إليها (قوله عن ذلك) أى العيال (قوله البرزة) أى الكثيرة الخروج (قوله لأن الولى يتهم فى ذلك) أى الإرادة دوام حجره عليه (قوله والأوجه خلافه) أى وهو قبول شهادة الأجانب (قوله ويؤيد ذلك) أى الاكتفاء بشهادة الأجانب (قوله كما قاله ابن المسلم) واسمه على (قوله الزمن المقارب للبلوغ) لعل المراد بالبلوغ هنا البلوغ بالسن ككون سنه أربع عشرة سنة أو مايقرب منها لأنه هو الذى يظهر لنا بخلاف الاحتلام (قوله الأول) أى من هذين الوجهين وهو أن المختبر له وليه أو النساء والمحارم (قوله والثانى) أى وهو أن المختبر له على الثانى الحاكم (قوله بدفع ذلك له) كذا أطلقوه ، ولوقيل بأنه يلزمه مراقبته بحيث لايكون إغفاله حاملا على تضييعه وإلا ضمنه لم يبعد اه حج . وقد تفهم المراقبة المذكورة من قول المصنف فإذا أراد أن يعقد الخ فإنه ظاهر فى أن الولى يكون عند وقت المماكسة وبه

أى بحرفة نفسه أو بحرفة أبيه على الوجهين (قوله من لا حرفة لأبيه) أى ولا له (قوله أما البرزة الخ) هو من تتمة كلام الأذرعى

ظهر رشده عقد لأنه مكلف (فلو بلغ غير رشيد) لاختلال صلاح دينه وماله (دام الحجر) أي جنسه وإلا فقد انقطع حجر الصبي ببلوغه وخلفه حجر السفه كما مر فيتصرف في ماله من كان يتصرف فيه قبل ذلك (وإن بلغ رشيدا انفك) الحجر عنه (بنفس البلوغ) أو غير رشيد ثم رشد فبنفس الرشد (وأعطى ماله) ولو امرأة فيصح تصرفها حينئذ ولا يحتاج إلى إذن الزوج (وقيل يشترط فك القاضي) لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد ، ورد بأنه حجر ثبت من غير حاكم فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم كحجر الجنون ، وجمع المصنف بين الانفكاك وإعطاء المال إشارة لرد مذهب مالك حيث ذهب إلى أنه لا يسلم لها إلا إن تزوجت وبعده بإذن زوجها ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث ما لم تصر عجوزا . وأما ما رواه أبو داود « لا تتصرف إلا بإذن زوجها » أشار الشافعي لضعفه وبتقدير صحته يحمل على الأول (فلو بذر بعد ذلك) أي بعد بلوغه رشيدا (حجر) أي حجر الحاكم (عليه) دون غيره من أب أو جد لوقوعه في محل الاجتهاد ، وإنما حجر عليه لآية ـ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ـ أي أموالهم لقوله تعالى ـ وارزقوهم فيها واكسوهم ـ وخبر « خذوا على أيدى سفهائكم » نعم نقل الروياني عن الشافعي استحباب رد الحاكم أمره بعد الحجر عليه إلى أبيه أو جده ، فإن لم يكن فلعصباته لشفقتهم ، ويستحب الإشهاد على حجر السفيه ولو رأى النداء عليه ليجتنب في المعاملة فعل ، وعلى هذا لو عاد رشيدا لم ينفك إلا برفع الحاكم كما لا يثبت إلا به (وقيل يعود الحجر بلا إعادة) كالجنون وتصرفه قبل الحجر عليه صحيح ، وهذا هو السفيه المهمل على المشهور ، ويطلق على من بلغ غير رشيد أيضا وهذا تصرفه غير صحيح ، ولو غبن في تصرف دون آخر لم يحجر عليه لتعذر اجتماع الحجر وعدمه في شخص واحد ولا حجر بشحته على نفسه مع اليسار لأن الحق له ، والقائل بالحجر به لم يرد به حقيقته بدليل تعبيره بأنه لا يمنع من التصرف ولكن ينفق عليه بالمعروف من ماله إلا أن يخاف عليه إخفاء ماله لشدة شحه فيمنع من التصرف فيه لأن هذا أشد من التبذير (ولو فسق) مع صلاح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيدا (لم يحجر عليه في الأصح) لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ، والثاني يحجر عليه كالاستدامة وكما لو بذر ، وفرق الأول بين استدامته بالفسق المقترن بالبلوغ وبين ماهنا بأن الأصل ثم بقاؤه وهنا ثبت الإطلاق والأصل بقاؤه وبينه وبين الحجر بعود التبذير أن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدمه بخلاف التبذير (و) على أنه لا بد من حجر الحاكم في عود التبذير (من حجر عليه لسفه) أي سوء تصرف (طرأ فوليه القاضي) لأنه الذي يعيد الحجر إذ ولاية الأب ونحوه زالت فصار النظر لمن له الولاية العامة (وقيل وليه في الصغر) كما لو بلغ سفيها ، وإذا قلنا بعود الحجر بنفس السفه فوجهان أصحهما أنه القاضي أيضا . وحاصل ذلك أن فيه طريقين أصحهما القطع بأنه للقاضي . قال الروياني : ولو شهد عدلان بسفه رجل : أي أو امرأة وفسرا قبلت شهادتهما حسبة (ولو طرأ

يعلم أنه إن لم يراقبه ضمن (قوله وإن بلغ رشيدا) والمراد ببلوغه رشيدا أن يحكم عليه بالرشد باعتبار مايرى من أحواله ، ولا يتحقق ذلك إلا بعد مضى مدة يظهر فيها ذلك عرفا فلا يتقيد بخصوص الوقت الذى بلغ فيه كوقت الزوال مثلا (قوله أى أموالهم) هذا بيان لحقيقة المعنى المراد من اللفظ ، وإلا فتقدم أول الباب أن الضمير للأولياء وأن الإضافة فيه إليهم لتصرفهم فيه (قوله فعل) أى ندبا (قوله وهذا) أى السفيه الذى بذر ولم يحجر عليه (قوله لكن ينفق عليه بالمعروف) أى ولكن أراد هذا القائل بالحجر عليه أنه ينفق عليه الخ (قوله إلا أن يخاف) متصل بقوله ولا حجر بشحته الخ (قوله فيمنع) أى بالحجر عليه على ماهو ظاهر هذه العبارة ، لكن جعله ع تفريعا على مقابل الأصح القائل بالحجر وما قاله ع ظاهر (قوله ثبت الإطلاق) أى إطلاق التصرف (قوله وعلى أنه لابد من حجر) معتمد (قوله وإذا قلنا بعود الحجر الخ) مرجوح (قوله وفسرا) أى ما يحصل به السفه ،

(قوله إلا أن يخاف عليه إخفاء ماله) من تتمة الضعيف (قوله وعلى أنه لا بد من حجر الحاكم فى عود التبذير)

جنون فوليه وليه فى الصغر) وهو الأب ثم الجد (وقيل) وليه (القاضى) والفرق بين التصحيحين أن السفه مجتهد فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون (ولا يصح من المحجور عليه لسفه) حسا أو شرعا (بيع) ولو بغبطة أو فى الذمة (ولا شراء) وإن أذن الولى وقدّر العوض لأن تصحيح ذلك يؤدى إلى إبطال معنى الحجر ولأنهما إتلاف أومظنة الإتلاف . نعم قال المـاوردى : له إيجار نفسه إن لم يكن عمله مقصودا فى نفسه لاستغنائه بماله لأن له التطوّع بمنفعته حينئذ فالإجارة أولى ، بخلاف ما إذا قصد عمله إذ لوليه إجباره على الكسب حينئذ ليرتفق به فى النفقة فلا يتعاطى إيجار غيره (ولا إعتاق) حال حياته ولو بعوض كالكتابة لمـا مر ، فلو كان بعد الموت كتدبير ووصية صح ، ويكفر فى غير القتل كاليمين بالصوم كالمعسر لئلا يضيع ماله ، بخلاف القتل فإن الولىّ يعتق عنه فيه لأن سببه حصل به قتل آدمى معصوم لحق الله تعالى ، بدليل ما حكاه فى المطلب عن الجورى

ومفهومه أنهما لو لم يفسرا لم يقبل وهو ظاهر (قوله حسا) بأن بلغ رشيدا ثم بذر وقوله أوشرعا : أى بأن بلغ سفيها وحجر عليه (قوله وإن أذن الولى) سيأتى حكم ذلك مع الإذن فى المتن فكان الأولى تأخير ما هنا إليه إلا أن يقال ذكره هنا تنبيها على أن إطلاق المتن شامل له (قوله لأن تصحيح ذلك) فى هذا التعليل وما بعده نظر بالنسبة لإذن الولى فإنه لا يأذن له إلا إذا قضت المصلحة ذلك فليس فعله إتلافا ولا فى معناه ، ويكفى فى فائدة الحجر توقف الصحة إذن الولى لو قيل بالصحة (قوله ولأنهما) أى البيع والشراء (قوله نعم قال المـاوردى الخ) لم يتقدم ذكر الإجارة فى كلامه حتى يستثنى منها ماذكر ، وكأن وجه الاستثناء التنبيه على أن ذكر البيع والشراء مثال وأن المقصود بطلان جميع التصرفات المـالية (قوله لاستغنائه بماله) يفيد أن المراد بالمقصود مايحتاج إليه للنفقة بأن كان فقيرا ، وبغير المقصود مالا يحتاج إليه لكونه غنيا : لكن المتبادر من المقصود أنه مايقابل بأجرة لها وقع عادة وبغير التافه (قوله حينئذ) أى حين إذ قصد عمله بأن احتاج إليه ، وقضيته أنه ليس له إجباره على الكسب إذا كان غنيا بماله ، ويوجه بأن راحة البدن قد تكون مقصودة والكسب غير لازم ، لكن فى ع مانصه : وللولىّ إجبار الصبى والسفيه على الكسب اه . وظاهره أنه لافرق بين الغنى وغيره وبه صرح حج فى الفصل الآتى (قوله لمـا مر) أى من قوله لأن تصحيح الخ وقوله لأنه إتلاف أومظنة الإتلاف الخ (قوله ووصية) فى خروجها بما ذكره من قوله حال حياته الخ نظر لأنه معتبر فى الاعتاق دون غيره والوصية بمال لزيد ليست إعتاقا ، وقد يقال هى تخرج بالقيد بقطع النظر عن المقيد أو يجعل الضمير فى قوله فلو كان راجعا للتصرف لابقيد كونه إعتاقا (قوله كاليمين) أى والظهار والوقاع ، وفى حج مايقتضى خلافه وأطال فى بيانه فراجعه ، وفى حاشية شيخنا الزيادى ويكفر فى مخيرة بالصوم فقط اه . ومفهومه أنه يكفر فى المرتبة لقتل أو غيره بالإعتاق (قوله بخلاف القتل) عمدا أو غيره (قوله لحق الله) صلة يعتق (قوله بدليل ماحكاه) توجيه للتعليل تخصيص الإعتاق بالقتل بأن سببه قتل آدمى الخ

كأنه إنما صرح بهذا جريا على ظاهر تعبير المتن بقوله ومن حجر عليه إذ هو ظاهر فى انه حجر عليه بحجر ، وإلا فموضع الوجهين كما قاله الرافعى إذا قلنا يعود الحجر بنفسه ، قال : أما إذا قلنا القاضى هو الذى يعيده فهو الذى يلى أمره بلاخلاف اه فليراجع . (قوله وحاصل ذلك أن فيه طريقين الخ يتأمل ويراجع كلام غيره (قوله ولأنهما إتلاف) فيه منع ظاهر ، وهو تابع فى هذا التعليل لشرح الروض ، لكن ذاك إنما علل به لقول الروض ولا يصح من السفيه المحجور عليه عقد مالى فهو ليس تعليلا لخصوص عدم صحة البيع والشراء بل لعموم العقد المـالى الشامل لجميع ما يأتى (قوله نعم الخ) وجه الاستدراك أن الإجارة بيع للمنافع وهو أولى مما فى حاشية الشيخ (قوله ووصية) أى بالعتق كما هو حق المفهوم ، إذ الكلام فى خصوص الاعتاق فاندفع ما فى حاشية الشيخ مما هو مبنى على أن المراد مطلق الوصية . واعلم أن الكاف فى قوله كتدبير ووصية استقصائية (قوله حصل به قتل آدمى) الأولى حذف قوله حصل به (قوله بدليل ماحكاه فى المطلب الخ) انظر ما وجه الدلالة

عن نص الشافعى من أنه يكفّر بالصوم فى كفارة الظهار ، فظهر أن المعتمد ماقررناه ، وجرى عليه ابن المقرى فى روضه ، وقضية ذلك أنه يكفّر بالصوم فى كفارة الجماع ، وهو كذلك خلافا لمن ذهب إلى تكفيره بالمال فيها ، ويفرق بين القتل وغيره بأن فيما ذكر زجرا له عن القتل لتضرره بإخراج ماله فى كفارته مع عظم القتل وتشوف الشارع لحفظ النفوس (و) لا (هبة) منه لما مر بخلاف الهبة له لأنه ليس بتفويت وإنما هو تحصيل ، ويصح قبوله الهبة دون الوصية لأنه تصرف مالى ، كذا اقتضاه كلام الروضة وجزم به ابن المقرى وهو المعتمد ، ووجهه أنه غير أهل لتملك بعقد وقبوله الوصية تملك وليس فوريا فأنيط بالولىّ وصح قبوله الهبة مراعاة لمصلحته لاشتراط اتصال قبولها بإيجابها مع كونه ليس بمملك ، وقد يوجد إيجابها مع غيبة وليه . قال الماوردى : وإذا صححنا قبول ذلك لايجوز تسليم الموهوب والموصى به إليه ، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب لأنه ملك الموصى به بقبوله بخلاف الموهوب (و) لا (نكاح) يقبله لنفسه (بغير إذن وليه) لأنه إتلاف للمال أومظنة إتلافه ، وقوله بغير إذن وليه قال الشارح : قيد فى الجميع لرعاية الخلاف الآتى لما فيه من التفصيل فصح المفهوم ، وذهب غيره إلى عوده للنكاح خاصة إذ هو الذى يصح بالإذن دون ماقبله كما سيأتى وهو أوضح . أما قبوله النكاح لغيره . بالوكالة فصحيح كما قاله الرافعى فى الوكالة . وأما الإيجاب فلا مطلقا لا أصالة ولا وكالة ولو

(قوله خلافا لمن ذهب الخ) منهم حج ، وهو الأقرب لعصيانه به فاستحق التغليظ عليه بوجوب الإعتاق (قوله لما مر) أى من قوله لأن تصحيح الخ (قوله بخلاف الهبة له) أى فإن صيغتها من الواهب الرشيد صحيحة مع كون المخاطب بها سفيها ، وقوله ويصح الخ بيان لصحة قبوله وأنه لايتوقف على كونه من الولى (قوله مع كونه) أى القبول (قوله ليس بمملك) أى وإنما يملك فيهما بالقبض وهو من الولى (قوله وإذا صححنا قبول ذلك) وهو الراجح من الهبة دون الوصية (قوله لايجوز تسليم الموهوب) قال فى شرح الروض : وبحث فى المطلب جواز تسليم الموهوب إليه إذا كان ثم من ينزعه منه عقب تسلمه من ولىّ أو حاكم (قوله ضمن الموصى) أى الدافع من وارث الموصى (قوله بقبوله) أى على المرجوح والراجح أنه لايملك ذلك إلا بقبول وليه ويجوز عود الضمير على الموصى به على أنه من إضافة المصدر لمفعوله فلا ينافى أن القبول من وليه لا منه (قوله لأنه إتلاف للمال) أى بالفعل حيث يزوّج بلامصلحة (قوله أو مظنة إتلافه) أى إن فرض عدم العلم بانتفاء المصلحة (قوله لما فيه) أى الإذن (قوله وهو أوضح) بل الأولى بفرض المصنف ما قاله الشارح ، وإلا لم يكن لذكر التصرّفات المالية بإذن الولى معنى ، ولأدى إلى التناقض فى التصرفات المالية حيث اقتضى ما هنا عدم صحتها قطعا وما يأتى جريان الخلاف فيها (قوله أما قبوله النكاح) محترز قوله لنفسه (قوله فصحيح) أى إذا كان بإذن وليه اهـ سم على منهج وظاهر إطلاق الشارح أنه لافرق بين إذن الولى وعدمه ، ويوافقه ما يأتى فى شرح المنهج فى الوكالة بعد قول المصنف وشرط فى الوكيل صحة مباشرته التصرف غالبا من قوله وخرج بقولى غالبا ما استثنى كالمرأة فتتوكل فى طلاق غيرها والسفيه والعبد وهو مذكور فى الأصل فيتوكل فى قبول النكاح بغير إذن الولى والسيد اهـ (قوله وأما الإيجاب)

(قوله فظهر أن المعتمد الخ) لم يمهد ما يظهر منه هذا فانظر ما وجه هذا التعبير (قوله لأنه تصرف مالى الخ) حاصل ماذكره وإن كان فى عبارته حزازة أنه إنما صح قبوله الهبة دون الوصية ؛ لأن قبول الوصية تصرف مالى وهو ممنوع منه لأنها تملك بالقبول ، ولأن قبولها غير فورى فيتداركه الولى بخلاف الهبة فيهما (قوله قال الماوردى : وإذا صححنا قبول ذلك) أى قبول الوصية والماوردى من الذاهبين إلى صحتها (قوله أو مظنة إتلافه) لاوجه لهذا العطف

بإذن الولى (فلو اشترى أو اقترض) من غير محجور عليه (وقبض) بإذنه أو إقباضه (وتلف المأخوذ فى يده) قبل المطالبة له برده (أو أتلفه فلا ضمان فى الحال ولا بعد فك الحجر) لكنه يأثم لأنه مكلف بخلاف الصبى ، وقضية كلامه كالروضة عدم الضمان ظاهرا وباطنا ؛ وبه صرح الإمام والغزالى وصححه صاحب الإفصاح وحكاه فى البحر عن ابن أبى هريرة وهو المعتمد ، وما نقل عن نص الأم فى باب الإقرار من ضمانه بعد انفكاك الحجر حكاه الإمام والغزالى وجها وضعفاه بأنه لو وجب باطنا لم تمتنع المطالبة به ظاهرا ، وقد مر ما فى نظيره فى الصبى فى باب البيع . أما لو بقى بعد رشده ثم أتلفه ضمنه ، وكذا لو تلف وقد أمكنه رده بعد رشده ، فلو قال مالكه إنما أتلفه بعد رشده وقال آخذه بل قبله فإن أقام بينة برشده حال إتلافه غرمه وإلا فالمتبادر تصديق آخذه بيمينه ، وفيه نظر ، قاله الأذرعى . قال : وكل ذلك تفقه فتأمله اهـ . وكله صحيح جار على القواعد . أما قبضه ذلك من محجور عليه أو من غيره بغير إذنه أو تلف بعد المطالبة فإنه يضمنه كما نقل القطع به فى الصورتين الأوليين فى الروضة عن الأصحاب ، وجزم به ابن المقرى فى الثالثة وفاقا لتصريح الصيدلانى ، واقتصار المصنف على الشراء والقرض مثال فلو نكح ووطأ لم يلزمه شىء كما صرح به هو فى باب النكاح (سواء علم حاله من عامله أو جهل) لأن من عامله سلطه على إتلافه بإقباضه وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته ، وما ذكره المصنف من عدم إتيانه بهمزة بعد سواء وبأو بدل أم لغة صحيحة كما سيأتى فى باب الردة إن شاء الله تعالى (ويصح بإذن الولى نكاحه)على ماسيأتى فى باب النكاح فإنه أعادها ثم وسيأتى الكلام عليها مبسوطا (لا التصرف المالى فى الأصح) لأن عبارته مسلوبة كما لو أذن لصبى . والثانى يصح كالنكاح ، وفرق الأول بأن المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح . ومحل الخلاف إذا عين له وليه وقدر له الثمن وإلا لم يصح جزما وفيما إذا كان بعوض كالبيع فلو خلا عنه كعتق وهبة لم يصح جزما أيضا . ويستثنى من إطلاقه مالو انتهى إلى الضرورة فى المطاعم فيجوز له التصرف فيها كما بحثه الإمام ، وما لو صالح عن قصاص ولو على أقل من الدية لأن له العفو مجانا فبدل أولى أو عليه ولو على

محترز قوله يقبله فهو لف ونشر مشوش وهو عندهم أولى لقلة الفصل (قوله أو أتلفه) أى قبل رشده أخذا من قول الشارح أما لو بقى بعد رشده الخ (قوله بخلاف الصبى) أى فإنه لا يأثم (قوله من ضمانه) أى ضمانه بعد الحجر بدل ما أتلفه قبله (قوله فإن أقام) أى المالك (قوله وإلا فالمتبادر الخ) معتمد (قوله وفيه نظر) لعل وجهه أن الحادث يقدر بأقرب زمان. ويجاب بأن الأصل عدم الضمان (قوله أما قبضه ذلك الخ) محترز قوله من غير محجور عليه (قوله أو تلف بعد المطالبة) أى أو بدونها وأمكنه الرد بعد رشده كما قدمه فى قوله وكذا لو تلف وقد أمكنه الخ ، وعبارة حج : أو طالبه بها المالك فامتنع ثم تلفت كما نقله الأسنوى واستظهره اهـ . وهو شامل لما لو طالبه قبل الرشد وامتنع من الأداء ، ويوجه بأنه بامتناعه صارت يده على العين بلا إذن من مالكها فتنزل منزلة المغصوبة ، ثم رأيته كذلك فى متن الروض (قوله فلو نكح) أى رشيدة كما يأتى مختارة بخلاف السفيهة والمكرهة ونحوهما فيجب لهن مهر المثل(قوله ويستثنى من إطلاقه) أى المصنف (قوله ما لو انتهى)أى السفيه واقتصاره عليه قد يخرج الصبى ، وعبارة حج : وبحث البلقينى أن مثله فى الشراء للاضطرار الصبى ، وقد يقال الاضطرار مجوز للأخذ ولو بعقد فاسد فلا ضرورة للصحة فيهما (قوله فى المطاعم) وينبغى أن يلحق بالطعام غيره من كل مارغب إليه ضرورة من نحو ملبوس ومركوب بحيث لو تركه لهلك ، وقد يفرق بين الطعام وغيره بأن

هنا) وكان اللائق بالشارح أن يوزع التعليل الذى تبع فيه شرح الروض كما مر فى كل محل بما يناسبه (قوله وكله صحيح) انظر هل هو راجع فى الأخيرة للنظر أو للمنظر فيه

أكثر من الدية صيانة للروح وعقده الجزية بدينار وقبضه دينه بإذن وليه كما رجحه جمع متأخرون ، وما لو سمع قائلا يقول من رد على عبدى فله كذا فرده استحق الجعل كما سيأتى فى الجعالة لأن الصبى يستحقه فالبالغ أولى ، وما لو وقع فى الأسر ففدى نفسه بمال صح وما لو فتحنا بلدا للسفهاء على أن تكون الأرض لنا ويؤدون خراجها فإنه يصح (ولا يصح إقراره) بنكاح كما لا يملك إنشاءه ولا (بدين) فى معاملة أسند وجوبه إلى ما (قبل الحجر أو) إلى ما (بعده) كالصبى ولا يقبل إقراره بعين فى يده فى حال الحجر (وكذا بإتلاف المال) أو جناية توجب المال (فى الأظهر) كدين المعاملة. والثانى يقبل لأنه إذا باشر الإتلاف يضمن ، فإذا أقر به قبل: ورد بأن الصبى يضمن بإتلافه ولا يقبل إقراره به جزما ، وأفهم تعبيره بنفى الصحة عدم المطالبة به حال الحجر وبعد فكه ظاهرا وباطنا وهو كذلك كما مر ، ويحمل القول بلزوم ذلك له باطنا إذا كان صادقا على ما إذا كان سببه متقدما على الحجر أو مضمنا له فيه . نعم لو أقر بعد رشده بأنه

الحاجة إلى الطعام أكثر ، ثم رأيت فى شرح الروض مايصرح بما قاله شيخنا حيث قال فى المطاعم ونحوها . قال حج : وقد يقال الاضطرار مجوز للأخذ ولو بعقد فاسد فلا ضرورة للصحة هنا فيهما : أى الصبى والسفيه وإن قطع بها الإمام فى السفيه اه . ويمكن الجواب بأنا لو لم نقل بالصحة لامتنع البائع من تسليمه بالعقد الفاسد وذلك قد يؤدى إلى الهلاك فقلنا بالصحة حفظا للنفوس عن الهلاك (قوله وعقده الجزية بدينار) بأن كان حربيا وقبل عقد الجزية من الإمام بدينار (قوله بإذن وليه) شمل ما لو قبضه فى غيبة وليه بإذن منه فتبرأ به ذمة المدين ، ثم إذا تلف فى يده بعد قبضه هل يضمنه الولى لتقصيره بإذنه له فى القبض وعدم مراقبته له بعد القبض أو لا ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الأول لما تقدم اه . ثم رأيت فى سم ينبغى أن الحاصل إن قبض ديونه بغير إذن وليه لا يعتد به فلا يبرأ الدافع ولا يضمن الولى مطلقا . أما بإذنه فيعتد به ويضمن الولى إن قصر بأن تلفت فى يده بعد تمكن الولى من نزعها وأن قبض أعيانه بإذن وليه معتد به فيبرأ الدافع مطلقا ثم إن قصر الولى ضمن وإلا فلا ، فإن قبضها بغير إذنه فإن قصر الولى فى نزعها ضمن وإلا ضمن الدافع ، وسيأتى للشارح كلام يوافق ذلك وبينا حاصله ثم فراجعه اه . وقضية قوله أن قبض ديونه بغير إذن وليه لا يعتد به أنه يجب على وليه أخذه منه ورده للمديون ثم يستعيده منه ، أو يأذن له فى دفعه للمولى عليه ثانيا ليعتد بقبضه ، فلو أراد التصرف فيه قبل رده لمن عليه الدين لم يصح ، وكإذنه فى رده للمولى عليه إذنه فى قبضه عن المولى عليه ويمضى زمن يمكن فيه القبض (قوله وما لو سمع قائلا) عبارة سم على منهج فى الخادم : تصح الجعالة معه ويستحق المسمى ، وصرح بذلك صاحب التعجيز فى الصبى اه . وقضيته أن الحكم لا يتقيد بما ذكره الشارح حتى لو قال له المالك جاعلتك على رد عبدى بكذا صح ولزمه المسمى وهو ظاهر لأنه إذا اكتفى بالسماع من غير المالك فلزومه مع السماع منه أولى (قوله صح) مشعر بأن هذا يكون بعقد حتى يوصف بالصحة والفساد إذ غير العقود والعبادات لا توصف بها ، وعليه فمن أى أنواع العقود هذا فتأمل ثم ظاهر كلامه أن الحربى يملك ماقبضه منه لكن سيأتى فى السير أنه لا يملكه (قوله وما لو فتحنا بلدا) أى من بلاد الكفار وكانوا فى الواقع سفهاء (قوله أو جناية) أى سواء أسندهما لما قبل الحجر أو لما بعده (قوله أو مضمنا) أى كإتلافه (قوله فيه) أى الحجر (قوله نعم لو أقر بعد رشده) ولو سئل بعد رشده هل أتلف أولا وجب عليه الإقرار بما يعلمه من نفسه ويلزمه ، أو قبل رشده وجب عليه الإقرار لكن لا يلزمه ما أقر به . والحاصل

(قوله نعم لو أقر بعد رشده بأنه كان أتلف الخ) أى وكان المتلف غير مأخوذ بعقد ليوافق مامر فيما لو أتلف

كأن أتلف مالا لزمه الآن قطعا كما نقله فى زيادة الروضة فى باب الإقرار عن ابن كج (ويصح) إقراره (بالحد والقصاص) لعدم تعلقهما بالمال ولبعد التهمة وسائر العقوبات مثلهما فى ذلك ، ولو كان الحد سرقة قطع ولا يلزمه المال ولو عفا مستحق القصاص بعد إقراره على مال ثبت لأنه تعلق باختيار غيره لا بإقراره (و) يصح (طلاقه) ورجعته (وخلعه) زوجته ولو بأقل من مهر مثلها (و) يصح (ظهاره) وإيلاؤه (ونفيه النسب) لما ولدته زوجته (بلعان) أو غيره ونحوها ، لأنها ماعدا الخلع لاتعلق لها بالمال الذى حجر لأجله ، وأما الخلع فكالطلاق بل أولى وهو خاص بالرجل للمعنى المذكور لكن يسلم المال إلى وليه ، فإن كان مطلاقا سرّى جارية إن احتاج إلى الوطء ، فإن كرهها أبدلت كما سيأتى مبسوطا فى كتاب النكاح . وعلم مما تقرر أن قوله بلعان مثال ويصح استلحاقه النسب وينفق عليه من بيت المال ، ولو أقر باستيلاد

أن ما باشر إتلافه بعد الحجر ولم يكن وضع يده عليه بعقد فاسد ، وأن ما أقرّ بلزومه له قبل الحجر يضمنه باطنا بخلاف ما باشر إتلافه مستند العقد لايضمنه . والضابط أن مالو أقيمت عليه به بينة ضمنه إن كان صادقا فيه لزمه باطنا وإن لم يضمنه بتقدير إقامته البينة عليه لايلزمه ظاهرا ولا باطنا (قوله كأن أتلف) أى قبل الحجر أو بعده (قوله بالحدّ والقصاص) أى بموجبهما (قوله قطع) فإن قلت : كيف يقطع مع أن القطع يتوقف على طلب المالك المال وهنا لا طلب وأيضا إقراره بالمال ملغى ؟ قلت : هنا طلب صورى لأن المقرّ له يطلب من المقرّ ما أقر له به ولا يلزمه المال : أى الذى قطع بسببه (قوله ولو عفا مستحق القصاص) لايقال : هذا مستفاد من قوله السابق وما لو صالح عن قصاص الخ . لأنا نقول : ذاك مفروض فيما لو ثبت بالبينة وما هنا فى قصاص ثبت بإقراره ، وعبارة المحلى : ثبت المال على الصحيح اهـ . وكتب عليه ع : انظر ما يقابله هل هو عدم ثبوت المال بالكلية أم لزوم الذمة ؟ الظاهر الثانى اهـ . وصريح ماذكره أنه لم ير المقابل مصرّحا به فى كلامهم ، ولعل هذا حكمة عدم ذكر الشارح لهذا الخلاف (قوله بعد إقراره) أى المحجور عليه (قوله على مال) متعلق بعفا (قوله ويصح طلاقه) أى مجانا (قوله أو غيره) أى وهو اليمين فى ولد الأمة وعليه ففى كلامه حذف والأصل لما ولدته زوجته أو أمته (قوله ونحوها) كاستيفاء القصاص وحدّ القذف (قوله لكن يسلم المال) أى فى الخلع (قوله إلى وليه) أو إليه بإذن وليه لما مر من صحة قبض دينه بالإذن ومحله مالم يعلق بإعطائها له كما فى حج ، وعبارته : وماعلق بإعطائه كإن أعطيتنى كذا فأنت طالق لابد فى الوقوع من أخذه له ولو بغير إذن وليه ، ولا تضمن الزوجة بتسليمه له لاضطرارها إليه ولأنه لايملكه إلا بالقبض اهـ (قوله فإن كان) أى المحجور عليه (قوله أبدلت) أى مالم تصر مستولدة فإن صارت كذلك وتبرم بها أخذ له أخرى وهكذا (قوله وعلم مما تقرر) أى وهو قوله أو غيره (قوله وينفق عليه من بيت المال) انظر هل يكون ذلك مجانا أو قرضا كما فى اللقيط ؟ الأقرب الثانى إن تبين للمجهول المستلحق مال قبل الاستلحاق أو بعده وقبل الإنفاق عليه من بيت المال . فيرجع عليه لأنه إنما أنفق عليه لعدم مال له ، أما لو طرأ له مال بعد أو صار المستلحق له رشيدا فلا يرجع على ماله بما أنفق عليه لأنه لم تكن ثم نفقته متعلقة بماله الحاصل ، وهذا كالإنفاق على الفقير من بيت المال إذا طرأ له مال بعد وكتب أيضا قوله من بيت المال : أى لأن إقراره المؤدى إلى تفويت المال عليه لغو فقبل لثبوت النسب ، لأنه بمجرد ثبوت النسب لايفوت عليه مال وألغى فيما يتعلق بالنفقة حذرا من التفويت للمال ، وينبغى أنه إذا رشد يطالب بالنفقة

المبيع أو المقرض ، ووجهه أنه فيما مرّ سلطه المالك على الإتلاف (قوله لما ولدته زوجته) لعله سقط بعده قوله

أمته لم يقبل قوله كما فى الروضة نعم لو ثبت كون الموطوءة فراشا له وولدت لمدة الإمكان ثبت الاستيلاد ، قاله السبكى ، لكنه فى الحقيقة لم يثبت بإقراره (وحكمه فى العبادة) البدنية واجبة أو مندوبة (كالرشيد) لاجتماع الشرائط فيه ، أما منذورة المـال كصدقة التطوع فليس كالرشيد فيه ومثله مافيه ولاية وتصرف مالى كما أشار إليه بقوله (لكن لا يفرق الزكاة بنفسه) لمـا تقرر . نعم إن أذن له وليه وعين له المدفوع إليه صح صرفه كنظيره فى الصبى المميز وكما يجوز للأجنبى توكيله فيه . نعم ينبغى كما قاله الأذرعى أن يكون ذلك بحضرة الولى أو نائبه لاحتمال تلف المـال لو خلا به أو دعواه صرفه كاذبا ، والكفارة ونحوها كالزكاة فى ذلك ونذره فى الذمة بالمـال صحيح دون عين ماله والمراد بصحة نذره فيما ذكر ثبوته فى ذمته إلى زوال حجره كما قاله السبكى وغيره (وإذا أحرم) حال الحجر (بحج فرض) أصلى أو قضاء أو منذور قبل الحجر وبعده إذا سلكنا به مسلك واجب الشرع وهو الأصح (أعطى الولى كفايته لثقة ينفق عليه فى طريقه) ولو بأجرة أو يخرج الولى معه خوفا من تفريطه فيه ، وظاهر أن الحكم كذلك إذا أراد السفر للإحرام وأن العمرة كالحج فيما ذكر . نعم إن قصر السفر ورأى الولى دفعها له جاز ، قاله بعضهم بحثا ، ولو فسد حجه المفروض بالجماع فى حال سفهه لزمه المضى فيه والقضاء

عليه ولا يحتاج إلى إقرار جديد لثبوت النسب بإقراره الثابت (قوله لم يقبل قوله) أى لتفويته المـال على نفسه (قوله نعم لو ثبت) أى ببينة بأن شوهد وهو يطأ (قوله أما منذورة) محترز قوله البدنية (قوله كصدقة التطوع) أى ولو من مؤنته (قوله لمـا تقرر) أى من أن المقصود من الحجر عليه حفظ ماله (قوله توكيله) أى مع المراقبة المذكورة (قوله نعم ينبغى) أى يجب (قوله أو نائبه) فإن لم يحضر الولى ولا نائبه فإن علم أنه صرفه اعتد به وإن أثم بعدم الحضور لأنه واجب للمصلحة وإلا ضمن ولا بد من الصرف اهـ سم على منهج (قوله ونحوها) كدماء الحج والأضحية المنذورة قبل الحجر (قوله فيما ذكر) أى من قوله فى الذمة (قوله إلى زوال حجره) فلا يجوز لوليه صرفه من ماله قبل فك الحجر وهل يجب على الوارث الوفاء من تركته إذا مات قبل فك الحجر أولا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول لثبوته فى ذمته ، وكتب أيضا قوله إلى زوال حجره عليه فما الفرق بينه وبين نذر الحج بعد الحجر حيث يصح منه ويخرج معه من يراقبه ويصرف عليه من ماله إلى رجوعه ولا يؤخر إلى فكاك الحجر عنه ، اللهم إلا أن يقال الحج المغلب فيه الأعمال البدنية فلم ينظر إلى الاحتياج إلى مايصرفه من المـال ، بخلاف النذر فإن المقصود منه هو المـال لا غير (قوله أو قضاء) أى لمـا أفسده قبل الحجر مطلقا أو بعده وكان فرضا على ما يأتى فى قوله ولو فسد حجه المفروض الخ (قوله وهو الأصح) أى بالنظر لأكثر مسائله فلا ينافى أنهم سلكوا به مسلك جائز الشرع فى بعضها (قوله خوفا من تفريطه فيه) أى وينبغى أن يستحق أجرة مثل خروجه معه وصرفه عليه إن فوت خروجه بسببه وكان فقيرا ، أو احتاج بسبب الخروج إلى زيادة يصرفها على مؤنته حضرا كأجرة المركب ونحوها (قوله نعم إن قصر السفر) أى بأن كان دون مسافة القصر (قوله جاز) أى فإن أتلفه أبدل ، ولا ضمان على الولى لجواز الدفع له ، ومثله بالأولى مالو سرق أو تلف بلا تقصير (قوله ولو فسد حجه المفروض) مفهومه أنه لا يجب عليه قضاء التطوع إذا فسد ولعله غير مراد فليراجع . وعبارة حج : بحج فرض ولو نذرا بعد الحجر وقضاء ولو لمـا أفسده حال سفهه اهـ .

أو أمته من الكتبة ليتأتى قوله أو غيره (قوله البدنية) هذا التقييد لا يناسب الاستدراك الآتى فى المتن ، ومن ثم أبقى الشهاب حج المتن على إطلاقه لكن قيده بالواجبة ومراده الواجبة بأصل الشرع بدليل استدراكه المنذورة بعد ، ثم قال : أما المسنونة فماليها كصدقة التطوع ليس هو فيه كرشيد اهـ . فأشار إلى أن فى مفهوم التقييد بالواجبة

ويعطيه الولى نفقة القضاء كما اقتضاه إطلاق كلامه، ومقتضى إطلاقهم كما قاله الأسنوى أن الحج الذى استؤجر قبل الحجر على أدائه له حكم ماتقدم وما ادعاه الأسنوى من أن الصواب حذف اللام من ثقة لأن أعطى يتعدى إلى اثنين بنفسه يرد بجواز ذلك للتقوية (وإذا أحرم) حال الحجر (بتطوع) من حج أو عمرة أو بنذر بعد الحجر وقلنا بسلوكه مسلك جائز الشرع وهو مقابل الأصح (وزادت مؤنة سفره) لإتمام النسك أو إتيانه به (على نفقته المعهودة) فى الحضر (فللولى منعه) من الإتمام أو الإتيان به صيانة لماله، وظاهر كلامه صحة إحرامه بدون إذن وليه. ويفرق بينه وبين الصبى المميز كما قاله السبكى باستقلال السفيه (والمذهب أنه كمحصر فيتحلل) بعمل عمرة لأنه ممنوع من المضىّ والطريق الثانى وجهان: أحدهما هذا. والثانى لايتحلل إلا بلقاء البيت كمن فقد زاده وراحلته (قلت: ويتحلل بالصوم) والحلق مع النية (إن قلنا لدم الإحصار بدل) وهو الأظهر كما فى الحج (لأنه ممنوع من المال) فإن قلنا لابدل له بقى فى ذمة المحصر. قال فى المطلب: ويظهر بقاؤه فى ذمة السفيه أيضا (ولو كان له فى طريقه كسب قدر زيادة المؤنة) على نفقة الحضر أو لم يكن له كسب لكنها لم تزد (لم يجز منعه، والله أعلم) لإمكان الإتمام بدون تعرض للمال، وما نظر به فى المطلب فيما إذا كان عمله مقصودا بالأجرة بحيث لايجوز التبرع به نظر فيه الأذرعى بأنه وإن كان كذلك لايعدمالا حاصلا فلا يلزمه تحصيله مع غناه، بخلاف المال الموجود فى يد الولى وتعجب الغزى

وهى شاملة لما أفسده من التطوّع حال سفهه، وفيه أيضا أن من الفرض مالو أحرم بتطوّع ثم حجر عليه قبل إتمامه لأنه لما لزمه المضى فيه صار فرضا اهـ. وهو معنى قول الشارح الآتى أما لو أحرم الخ (قوله ويعطيه الولى نفقة القضاء) أى ولو تكرر ذلك منه مرارا وأدى إلى نفاذ ماله (قوله للتقوية) يتأمل فإن لام التقوية هى اللام الزائدة لتقوية العامل الضعيف إما بتقديم معموله عليه أو كونه فرعا فى العمل كاسم الفاعل وما هنا ليس كذلك فإن العامل فيه أعطى وهو فعل لم يتقدم معموله (قوله وإذا أحرم) أى أو سافر ليحرم اهـ حج (قوله فللولى منعه) ظاهره أنه يخير بين المنع وعدمه، وينبغى وجوبه عليه أخذا من قول الشارح صيانة لماله (قوله أو الإتيان به) قال حج: كما يصرح به كلامهم خلافا لما مال إليه ابن الرفعة من أنه ليس له المنع من أصل السفر لأنه لا ولاية له على ذاته، ويرد ماعلل به بأن له ولاية على ذاته بالنسبة لما يفضى لضياع ماله ولا شك أن السفر كذلك اهـ. وقضيته أنه إذا أراد سفرا قصيرا أو خروجا إلى تنزّه فى نواحى البلد أو خارجها بحيث لايترتب على ذلك ضياع مال بوجه ليس لوليه منعه من ذلك وإن ترتب عليه اختلاطه بمن لاتصلح مرافقتهم وينبغى خلافه (قوله باستقلال السفيه) أى بالتصرفات الغير المالية بل والمالية التى فيها تحصيل كقبول الهبة (قوله فى ذمة السفيه) أى على أنه لابدل له وهو المرجوح (قوله لم يجز منعه) فإن قلت: إذا قلنا لايمنعه فسافر وله كسب يفى كيف يحصله مع مامر أنه لاتصح إجارته لنفسه مطلقا أو على تفصيل فيه. قلت: إذا لم يجز للولى منعه يلزمه أنه يسافر معه ليؤجره لذلك الكسب أو يوكل من يؤجره له ثم ينفق عليه منه ولو عجز أثناء الطريق فهل نفقته حينئذ فى ماله أو على الولى لإذنه؟ والذى يتجه الأول لأن الولى حيث حرم عليه المنع لايعد مقصرا اهـ حج (قوله وتعجب الغزى) مراده صاحب ميدان الفرسان. أقول: وجه تعجب الغزى أنه إذا كان الفرض ماذكر لم يصدق أنه فوّت بالسفر عمدا مقصودا بالأجرة لأن الكسب ليس فى الحضر حتى يفوت بالسفر وهو يأتى به فى السفر فلا تفويت أصلا وبذلك ينظر فى نظر

تفصيلا (قوله كما اقتضاه إطلاق كلامه) فى اقتضائه لذلك نظر (قوله بعمل عمرة) الصواب حذفه.

مما ذكراه إذ المسئلة مفروضة فيما إذا كان الكسب فى طريقه بحيث لايتأتى فى غيره كما هو ظاهر عبارتهم . أما لو أحرم بتطوع قبل الحجر ثم حجر عليه قبل إتمامه كان كالواجب كما فى الروضة وأصلها فى الحج .

فصل فيمن يلى الصبى مع بيان كيفية تصرفه فى ماله

(ولى الصبىّ) أى الصغير ولو أنثى (أبوه) إجماعا (ثم جدّه) أبو أبيه وإن علا كولاية النكاح ؛ وإنما لم يثبت بعدهما لباقى العصبة كالنكاح لقصور نظرهم فى المال وكماله فى النكاح ، وتكفى عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما ، فإن فسقا نزع الحاكم المال منهما كما ذكراه فى باب الوصية وينعزلان بالفسق فى أوجه الوجهين ، وعليه لو فسق بعد البيع وقبل اللزوم لم يبطل البيع فى الأصح ويثبت الخيار لمن بعده من الأولياء ولا يعتبر إسلامهما مالم يكن الولد مسلما إذ الكافر يلى ولده الكافر حيث كان عدلا فى دينه ، والأوجه بقاء ولايته عليه وإن ترافعوا إلينا كالنكاح خلافا للماوردى والرويانى . قال السبكى : وقياس قول من قال فى ولاية الإجبار

الشارح وما وجهه به فليتأمل اه سم حج (قوله مما ذكراه) أى صاحب المطلب والأذرعى (قوله كما هو ظاهر عبارتهم) قضيته أنه إذا أمكنه كسب الزيادة فى سفره وإقامته منعه من السفر وهو مشكل بناء على أنه لايجبره على الكسب إذا كان غنيا . فمجرد الإمكان لايستلزم حصول الكسب ، فإذا أراد السفر وكان يكسب فيه مايزيد على نفقة الحضر لايعدّ تفويتا ، اللهم إلا أن يقال المراد بيتأتى يعنى يوجد ويحصل ، ويوافقه قول سم على منهج وكان يكسب فى السفر والحضر : أى فإن مايصرفه فى السفر حينئذ يعد تفويتا .

(فصل) فيمن يلى الصبى

(قوله مع بيان الخ) أى وما يتبع ذلك كدعواه عدم التصرف بالمصلحة (قوله أى الصغير) قد يوهم تفسير الصبى به أنه أعم منه وأنه يشمل الأنثى دون الصبى ، وليس كذلك كما يفهم من حج (قوله وكماله فى النكاح) أى فإنهم يعبرون بتزويج موليتهم بغير الكفء فيجتهدون فيمن يصلح لموليتهم ولا كذلك الآل (قوله وتكفى عدالتهما الظاهره) أى إلا إذا سجل الحاكم ببيعهما فلا بد من إقامتهما البينة بعدالتهما مر .

[فرع] قال السبكى : ولو فسق الولى فى زمن الخيار فالظاهر عدم انفساخه ويقوم غيره من الأولياء مقامه اه سم على منهج ، وعليه فكان ينبغى للشارح أن يبين أن ماذكره فى قوله وعليه لو فسق الخ بحث للسبكى ولا يسوقه مساق المنقول ، وكتب أيضا قوله وتكفى عدالتهما الظاهرة ظاهره ولو نوزعا فى فصل الإيصاء أنه إن نوزعا لم تثبت إلا ببينة وإلافلا ، وعبارته ثم قوله وينعزلان بالفسق : أى وتعود لهما الولاية بمجرد التوبة ولو بلا تولية من القاضى ، ومثلهما فى ذلك الحاضنة والناظر بشرط الواقف ولو تكرر ذلك منهم مرارا والأم إذا كانت وصية (قوله والأوجه بقاء ولايته) قال سم على منهج : قال الأذرعى : استفتيت عن ذمى مات وترك طفلا ولا وصى له هل لقاضى المسلمين التعرض لهم بالنظر ونصب القيم من غير أن يرفع أمرهم إليه فتوقفت فى الإفتاء ، وملت إلى

(فصل) فيمن يلى الصبى

(قوله أى الصغير) لا داعى إلى هذا التفسير فإن الصبى يشمل الذكر والأنثى كما مرّ (قوله وعليه لو فسق)

فى النكاح أن شرطهما عدم العداوة أن يطرد ذلك فى ولاية المـال . قال الزركشى : وهو ظاهر . وقد نقل فى باب الوصايا عن الرويانى وآخرين أنه يشترط فى الوصى عدمَ العداوة . وقضية تعبيره بالصبىّ أنه لا ولاية للمذكورين على الأجنة بالتصرف ، وصرحا به فى الفرائض لكن بالنسبة للحاكم فقط ، فلا ينافيه ما يأتى فى الإيصاء من جواز النصب على الحمل لحمله على منصوب الأب أو الجد (ثم وصيهما) أى وصىّ من تأخر موته منهما لقيامه مقامه وشرطه العدالة كما يأتى فى بابه (ثم القاضى) أى العدل الأمين لخبر « السلطان ولى من لا ولىّ له » رواه الترمذى وحسنه والحاكم وصححه ، ولو كان اليتيم ببلد وماله ببلد آخر فولى ماله قاضى بلد المـال لأن الولاية عليه ترتبط بماله كمال الغائبين ، لكن محله فى تصرفه فيه بالحفظ والتعهد وبما يقتضيه الحال من الغبطة اللائقة إذا أشرف على التلف ، ولقاضى بلده المتصف بما مرّ أن يطلب من قاضى بلد ماله إحضاره إليه عند أمن الطريق لظهور المصلحة له فيه ليتجر له فيه أو يشترى له به عقارا ، ويجب على قاضى بلد المـال إسعافه بذلك وحكم المجنون ومن بلغ سفيها كالصبىّ فى ترتيب الأولياء . قال الجرجانى : وإذا لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين فعلى المسلمين النظر فى مال محجورهم وتولى حفظه لهم . وأفتى ابن الصلاح فيمن عنده يتيم أجنبى ولو سلمه لحاكم خان فيه بأنه يجوز له التصرف فى ماله للضرورة . ويؤخذ من علته أنه لو ولى عدل أمين وجب الرفع إليه حينئذ ولا ينقض ما كان تصرف فيه زمن الجائر لأنه كان وليا شرعا ، ويؤخذ من كلام الجرجانى السابق مع ما مر أنه

عدم التعرض لوجوه اهـ (قوله عدم العداوة) أى الظاهرة (قوله عدم العداوة) أى ولو باطنة على المعتمد (قوله لا ولاية للمذكورين) أى فيما مر ويأتى وكان الأولى تأخير ما ذكر بعد قوله ثم القاضى (قوله وصرحا به) أى بنفى الولاية بالتصرف بالنسبة للحاكم ولم يصرحا بنفيها بالنسبة للأب والجد (قوله لكن) أى التصريح (قوله بالنسبة إلى الحاكم) أى ومثله غيره ومن ثم وجد فى نسخة بعد قول الشارح فقط : قال بعضهم : ومثله غيره ممن ذكر ثم وصيهما ، وكأنه ترك قوله قال بعضهم الخ على ما فى الأصل اكتفاء بقوله قبل ، وقضية تعبيره بالصبى الخ لكن على هذا يتأمل قوله فلا ينافيه ما يأتى الخ ، فإن ما هنا على ما ذكر صريح فى عدم ولاية الأب والجد وغيرهما ، ومع ذلك كيف يتم قوله لحمله على منصوب الأب والجد فليراجع ، فإن قضية قوله فلا ينافيه الخ تخصيص عدم الولاية بالحاكم فقط (قوله ثم وصيهما) ولو أما بل هى أولى (قوله وشرطه) أى الوصى (قوله العدالة) أى الباطنة كما يأتى له (قوله من الغبطة) كبيعه وإجارته ، ومنه يعلم أن المراد بالتلف الأعم من تلف العين وذهاب المنفعة وإن كانت العين باقية ، فلو كان له عقار ببلد قاضى المـال دون بلد الصبى أجره قاضى بلد ماله بالمصلحة ، ولا تصح إجارته من قاضى بلد الصبى لأنه إنما يتصرف فى محل ولايته وليس بلد المـال منها (قوله ولقاضى بلده) قال حج : المراد ببلد المولى عليه وطنه وإن سافر عنه بقصد الرجوع إليه اهـ . وقضيته أنه لو سافر من بلده إلى ماله لم يجز لقاضى بلد المـال التصرف فيه بالبيع ونحوه إلا إذا كان فيه غبطة لائقة كأن أشرف على التلف (قوله إسعافه) أى بإرساله إليه (قوله فى مال محجورهم) أى المحجور عليه من المذكورين (قوله ولا ينقض) أى

أى الولى (قوله أى وصى من تأخر موته منهما) أى أو تقدم حيث كان بالآخر مانع كما هو ظاهر (قوله ولو كان اليتيم ببلد وماله بآخر الخ) عبارة التحفة : والعبرة بقاضى بلد المولى : أى وطنه ، وإن سافر عنه بقصد الرجوع إليه كما هو ظاهر فى التصرف والاستنماء وبقاضى بلد ماله فى حفظه وتعهده ونحو بيعه وإجارته عند خوف هلاكه (قوله وأفتى ابن الصلاح فيمن عنده يتيم أجنبى الخ) عبارة القوت : وأفتى ابن الصلاح فيمن عنده يتيم أجنبى ليس بوصى عليه وله مال ولو سلمه لولى الأمر خاف ضياعه بأنه يجوز له والحالة هذه النظر فى أمره والتصرف

لو لم يوجد إلا قاض فاسق أو غير أمين كانت الولاية للمسلمين : أى لضلحائهم وهو متجه (ولا تلى الأم فى الأصح) قياسا على النكاح . والثانى تلى بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما لكمال شفقتها ، ومثلها فى عدم الولاية سائر العصبة كأخ وعم . نعم لهم الإنفاق من مال الطفل فى تأديبه وتعليمه وإن لم يكن لهم عليه ولاية لأنه قليل فسومح به ، ومحله عند غيبة وليه وإلا فلا بد من مراجعته فيما يظهر . قال الشيخ : والمجنون والسفيه كالصبى فى ذلك ، ومراده بالمجنون هنا من له نوع تمييز (ويتصرف) له (الولى) أبا أو غيره (بالمصلحة) وجوبا لقوله تعالى ـ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ـ وقوله ـ وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ـ واقتضى كلامه كأصله امتناع تصرف استوى طرفاه ، وهو كذلك لانتفاء المصلحة فيه وقد صرح بذلك الشيخ أبو محمد والماوردى ، ويجب على الولى حفظ مال المولى عليه عن أسباب التلف واستنماؤه قدر مايحتاج إليه فى مؤنة من نفقة وغيرها إن أمكن ولا تلزمه المبالغة ، وللولى بذل بعض مال اليتيم وجوبا لتخليص الباقى عند الخوف عليه من استيلاء ظالم كما يستأنس لذلك بخرق الخضر للسفينة ، ولو كان للصبى كسب لائق به أجبره الولىّ على الاكتساب ليرتفق به فى ذلك . ويندب شراء العقار له ، بل هو أولى من التجارة عند حصول الكفاية من ريعه كما قاله الماوردى ، ومحله عند الأمن عليه من جور السلطان أو غيره أو خراب للعقار ولم يجد به ثقل خراج وله السفر بمال المولى عليه لنحو صبا أو جنون فى زمن أمن صحبة ثقة وإن لم تدع له ضرورة من نحو نهب ، إذ المصلحة قد تقتضى ذلك إلا فى نحو بحر وإن غلبت السلامة لأنه مظنة عدمها . أما الصبى فيجوز إركابه البحر

ويصدق فى ذلك حيث يصدق الوصى والقيم بأن ادعى نفقة لائقة إلى آخر ما يأتى (قوله كانت الولاية للمسلمين) بل عليهم : أى عند عدم الخوف على النفس أو المال وإن قل أو غيرهما كما هو ظاهر تولى سائر التصرفات فى ماله بالغبطة اهـ حج (قوله نعم لهم الإنفاق) أى وعدمه لكن عبارة حج : نعم للعصبة منهم : أى العدل عند فقد الولى الإنفاق الخ (قوله ومحله عند غيبة وليه) أى وعليه فلو حضر الولى وأنكر أنهم أنفقوا عليه ما أخذوه من ماله أو أن فعلهم كان بغير المصلحة ، فالظاهر تصديق الولى فعليهم البينة فيما ادعوه (قوله كالصبى فى ذلك) أى فى أن للعصبة الانفاق عليه عند غيبة الولى (قوله من له نوع تمييز) أى ليتأتى الإنفاق عليه فى تأديبه وتعليمه (قوله واستنماؤه الخ) فلو ترك استنماؤه مع القدرة عليه وصرف ماله عليه فى النفقة فهل يضمنه أو لا ؟ فيه نظر ، وقياس ما يأتى فيما لو ترك عمارة العقار حتى خرب الضمان ، وقد يفرق بأن ترك العمارة يؤدى إلى فساد المال ، وترك الاستنماء إنما يؤدى إلى عدم التحصيل وإن ترتب عليه ضياع المال فى النفقة (قوله لتخليص الباقى) أى وإن كان مايبذله كثيرا بحيث يكون التفاوت بينه وبين مايسترجعه من الظالم قليلا (قوله كما يستأنس لذلك) لم يقل ويستدل لذلك الخ لأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا وإن ورد فى شرعنا مايقرره (قوله أخبره الولى) أى حيث احتاج إليه فى النفقة على مايشعر به قوله ليرتفق به وقوله فيما مر أن ولى السفيه يجبره على الكسب حيث احتاج إليه . وقضيته أنه لايجبره إن كان غنيا ولا على مازاد على قدر نفقته وفى حج أنهم صرحوا بأن ولى الصبى يجبره على الكسب ولو كان غنيا اهـ فليراجع (قوله من ريعه) أى غلته (قوله فى زمن أمن) مفهومه أنه لو احتمل تلفه فى السفر امتنع عليه ، وفى سم على منهج فيه تردد فليراجع ، والأقرب المفهوم المذكور حيث قوى جانب الخوف (قوله وإن غلبت السلامة)

فى ماله للضرورة (قوله أجبره الولى) ظاهره وإن كان له مال ، فإن كان مرادا فلينظر ما الفرق بينه وبين السفيه وفى التحفه التصريح بما اقتضاه إطلاق الشارح هنا

عند غلبتها خلافا للأسنوى ويفارق ماله بأنه إنما حرم ذلك فى المال منافاته غرض ولايته عليه فى حفظه وتنميته بخلافه هو كما يجوز إركاب نفسه والصواب كما قاله الأذرعى عدم تحريم إركاب البهائم والأرقاء والحامل عند غلبة السلامة (ويبنى دوره) ومساكنه (بالطين والآجر) أى الطوب المحرق لأن الطين قليل المؤنة ، وينتفع به بعد النقض والآجر يبقى (لا اللبن) وهو مالم يحرق من الطوب (والجص) أى الجبس لأن اللبن قليل البقاء وينكسر عند النقض ، والجص كثير المؤنة ولا تبقى منفعته عند النقض بل يلصق بالطوب فيفسده ، وتعبيره كأصله فى الجص بالواو بمعنى أو ففيها دلالة على الامتناع فى اللبن سواء أكان مع الطين أم الجص ، وعلى الامتناع فى الجص سواء أكان مع اللبن أم الآجر وهو كذلك ، ولفهم المنع فيما عداهما ، والمجنون والسفيه كالصبى فيما ذكر ، وماذكره من قصر البناء على الآجر والطين هو مانص عليه الشافعى وجرى عليه الجمهور وهو المعتمد ، وإن اختار كثير من الأصحاب جواز البناء على عادة البلد كيف كان ، واختاره الرويانى واستحسنه الشاشى . قال فى البيان بعد حكاية مامر عن النص : وهذا فى البلاد التى يعز فيها وجود الحجارة ، فإن كان فى بلد توجد الحجارة فيه فهى أولى من الآجر لأن بقاءها أكثر وأقل مؤنة ، وما اشترطه ابن الصباغ فى جواز البناء للمحجور عليه أن يساوى كلفته وبه صرح فى البيان فيه كما قال بعضهم منع للبناء لأن مساواته لكلفته فى غاية الندور وكما يجوز بناء عقاره يجوز ابتداء بنائه له . نعم محله إن لم يكن شراؤه أحظ كما نبه عليه بعض أهل اليمن ، وقال ابن الملقن : إنه فقه ظاهر (ولا) يشترى له مايسرع فساده ولو كان مربحا كما قاله الماوردى ولا (يبيع عقاره) لأن العقار أسلم وأنفع مما عداه (إلا لحاجة) من كسوة ونفقة ونحوهما بأن لم تف غلة العقار بذلك ولم يجد مقرضا ينتظر معه غلة تفى بالقرض ، وله بيعه أيضا لثقل خراج أو خوف خراب أو لكونه بغير بلد اليتيم ويحتاج لمؤنة من يوجهه ليجمع غلته كما قاله الرويانى ، ويشترى بثمنه أو يبنى ببلد اليتيم مثله أو لحاجة عمارة أملاكه وليس له غير العقار (أو غبطة ظاهرة) كبيعه بزيادة على ثمن مثله وهو يجد مثله ببعضه أو خيرا منه بكله ، وبحث الأسنوى جواز بيعه بثمن مثله دفعا لرجوع أصله فى هبته له ونظر فى دخول هذه الصورة فى الغبطة ، والأقرب دخولها فيها فقد فسرها الجوهرى بحسن الحال ، وأفتى القفال بجواز بيع ضيعة يتيم خربت وخراجها يستأصل ماله ولو بدرهم لأن المصلحة فيه ، وأخذ منه الأذرعى أن له بيع كل ماخيف هلاكه بدون ثمن مثله للضرورة ، وألحق بذلك ما لو غلب على ظنه غصبه

ظاهره ولو تعين طريقا وهو كذلك حيث لم تدع ضرورة إلى السفر به (قوله عند غلبتها) أى السلامة (قوله إركاب البهائم) أى التى لغير الصبى البحر (قوله على عادة البلد) الوجه جواز اتباعها عند المصلحة اهـ مر اهـ سم على حج . ومثله على منهج قال حج : وهو الأوجه مدركا ، ويمكن حمل كلام الشارح على ما إذا لم تقتض المصلحة الجرى على عادة البلد فلا تنافى بين كلامه هنا وما نقله عنه سم (قوله لأن مساواته الخ) أى فلا يشترط ذلك (قوله وكما يجوز بناء عقاره) أى الذى تهدم بعض جدرانه ، وقوله يجوز ابتداء الخ : أى أن يحيى له مواتا أو يشترى له أرضا خالية من البناء ثم يحدثه فيها (قوله مايسرع فساده) ظاهره وإن أمكن بيعه عاجلا قبل خشية فساده ، وينبغى خلافه حيث غلب على ظنه بيعه قبل ذلك بحسب العادة ، وعليه فلو أخلف فلا ضمان لأن فعله صدر بناء على المصلحة الظاهرة وهو كاف (قوله إلا لحاجة) وكبيع العقار إيجار مايستحق منفعته مدة طويلة على خلاف العادة فى إيجار مثله ، والمراد أن مايستحق منفعته ما أوصى به أو كان مستحقا له بإجارة أما الموقوف عليه فينبغى الرجوع فيه لشرط الواقف (قوله ويحتاج لمؤنة) أى مؤنة لها وقع بالنسبة لما يحصله من الغلة (قوله لأن المصلحة فيه) ومثله ماعمت به البلوى فى مصرنا من أن ماخرب من الأوقاف لايعمر فتجوز إجارة أرضه لمن يعمرها بأجرة وإن قلت الأجرة التى يأخذها وطالت مدة الإجارة حيث لم يوجد من يستأجر بزيادة عليها ، ثم بعد ذلك على الناظر صرفه فى مصارفه

لو بقي ، وبحث البالسي جواز بيع مال تجارته بدون رأس المال ليشترى بالثمن ماهو مظنة الربح ، ونقل ابن الرفعة عن البندنيجي أن آنية القنية من صفر ونحوه كالعقار فيما ذكر ، قال : وما عداهما لايباع أيضا إلا لغبطة أو حاجة ، لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لائق بخلافهما ، وهو أوجه مما بحثه فى التوشيح من جواز بيعه بدون حاجة وبدون ربح لأن بيعه بقيمته مصلحة فلا يشترط زيادته عليها ، وتقييد المصنف الغبطة بالظاهرة من زيادته على بقية كتبهما ، قال الإمام : وضابط تلك الزيادة أن لايستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شراء العقار . نعم له صوغ حلى لموليه وإن نقصت قيمته أو جزء منه وصبغ ثياب وتقطيعها وكل مايرغب فى نكاحها أو بقائه سواء فى ذلك الأصل وهو ماصرحوا به والوصى والقيم كما بحثه غير واحد وجرى عليه أبو زرعة فقال : والظاهر أن للقيم شراء جهاز معتاد لها من غير إذن القاضى فيقع لها ويقبل قوله فيه إذا لم يكذبه ظاهر الحال ، ولو ترك عمارة عقاره أو إيجاره حتى خرب مع القدرة أثم وضمن فى أوجه الوجهين ، ويفارق مسئلة التلقيح بأن الترك فيهما يفوت المنفعة والترك فيها يفوت الأجودية . قال ابن الرفعة : ويقرب من هذا الخلاف قول الرافعى فى الخلع : إذا خالع السفيه وقبض المال وتركه الولى فى يده حتى تلف ففى ضمانه وجهان اهـ : أى وأصحهما الضمان كما يؤخذ من كلامه على لقطة الصبى . قال القفال : ويضمن ورق الفرصاد إذا تركه حتى فات وكأنه قاسه على سائر الأطعمة . ولو امتنع من بيعه لتوقع زيادة فتلف المال فلا ضمان . قال العبادى : ولو أجر بياض أرض بستانه بأجرة وافية بمقدار منفعة الأرض وقيمة الثمرة ثم ساق على شجره على سهم من ألف سهم لليتيم والباقى للمستأجر كما جرت به العادة . قال ابن الصلاح فى فتاويه : الظاهر صحة المساقاة . قال الأسنوى : وهى مسئلة نفيسة . ويمتنع على غير القاضى من الأولياء إقراض شىء من مال صبى أو مجنون بلا ضرورة من نحو نهب أو حريق أو إرادة سفر يخاف عليه فيه . أما القاضى فله ذلك مطلقا لكثرة أشغاله . ولا يقرضه إلا لملىء أمين ويأخذ عليه رهنا إن رأى ذلك مصلحة

الموقوف عليها (قوله من صفر) اسم للنحاس (قوله وما عداهما) أى آنية القنية والعقار (قوله إلا لغبطة الخ) معتمد (قوله مما بحثه فى التوشيح) لابن السبكى صاحب جمع الجوامع (قوله فيقع) أى الشراء (قوله حتى خرب) قضيته أنه لو لم يخرب لاتلزمه الأجرة التى فوتها بعدم الإيجار ، والظاهر أنه ليس بقيد كما يؤخذ من كلام سم . فيضمن وإن لم يخرب . ومثل ذلك الناظر على الوقف (قوله فى أوجه الوجهين) خلافا لحج (قوله ويفارق مسئلة التلقيح) أى حيث قيل فيها بعدم الضمان (قوله فيهما) أى العمارة والإجارة (قوله والترك فيها) أى مسئلة التلقيح (قوله يفوت الأجودية) هو ظاهر حيث فاتت الأجودية كما ذكره ، أما لو غلب على الظن فساده عند عدم التلقيح اتجه الضمان ، ثم قضية هذا الفرق أنه لو ترك إيجار دوره مدة تقابل بأجرة مع تيسر من يستأجر عدم الضمان لأنه لم يفوت حاصلا وتقدم أنه يؤخذ من كلام سم الضمان (قوله وقبض المال) أى عينا ولو بلا إذن أو دينا وأذن الولى فى قبضه (قوله الفرصاد) أى التوت حيث جرت العادة بأنه يجنى وينتفع به (قوله لتوقع زيادة) أى توقعا قريبا (قوله وقيمة الثمرة) أى وقت طلوعها وبيعها على ماجرت به العادة الغالبة فيه (قوله الظاهر صحة المساقاة) معتمد (قوله ولا يقرضه) أى القاضى (قوله إن رأى ذلك الخ) تقدم فى أول الرهن الجزم بوجوب

(قوله وضابط تلك الزيادة) أى السابقة فى تفسير الغبطة الظاهرة فى المتن (قوله قال ابن الصلاح الخ) لايصح أن يكون هذا جواب الشرط فى كلام العبادى لأنه متقدم على ابن الصلاح (قوله إن رأى ذلك) تقدم له مثل هذا فى فصل القرض ، لكنه استوجه فى باب الرهن الوجوب مطلقا ، وأول عبارة الشيخين الموافقة لما ذكره هنا

وإلا تركه ولا يودعه أمينا إلا عند عدم التمكن من إقراضه (وله بيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة) التى يراها فيهما كأن يكون فى الأول ربح وفى الثانى زيادة لائقة أو خاف عليه من نهب أو إغارة (وإذا باع نسيئة أشهد) على البيع وجوبا (وارتهن به) أى الثمن رهنا وافيا به وجوبا أيضا ، ويشترط كونه من موسر ثقة وقصر الأجل عرفا وزيادة لائقة به ، فإن فقد شرط من ذلك بطل البيع كما قاله السبكى وكان ضامنا خلافا للإمام فيما إذا كان المشترى مليا ولا يجزى الكفيل عن الارتهان . نعم لايلزم الأب والجد الارتهان من نفسهما والدين عليهما كأن باعا ماله لنفسهما نسيئة لأنهما أمينان فى حقه ، ومحل ذلك كما قاله الأذرعى إذا كان مليا وإلا فهو مضيع ، ويحكم القاضى بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة لأنها غير متهمين فى حق ولدهما ويجب إثباتهما العدالة ليسجل لهما فى أوجه الوجهين ، كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم ولهذا قال ابن العماد : ينبغى أن يكون هو الأصح بخلاف ما فى شهود النكاح لأن ذلك فى جواز ترك الحاكم لهما على الولاية وهذا فى طلبهما منه التسجيل لأنه يستدعى ثبوته عنده والثبوت يحتاج للتزكية ، ونظير ذلك أن الحاكم لايمنع الشركاء من قسمة دار بأيديهم ولا يجيبهم إليها إلا بعد إقامة بينة بملكها لهم لأن القسمة تستدعى الحكم وهو يحتاج إلى البينة بالملك وهذا بخلاف الوصى والأمين فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة وبعدالتهما ولا يبيع الوصى مال نحو طفل لنفسه

الرهن مطلقا ، فقوله هنا تركه : أى القرض كما تقدم له ثم أيضا ، وعليه فلو كانت المصلحة فى القرض ورضى باقتراضه من وليه موسر ثقة لكن امتنع من الرهن لم يجز الإقراض وإن فاتت المصلحة (قوله وإلا تركه) قال حج : فإن ترك واحد مما ذكر بطل البيع إلا إذا ترك الرهن والمشترى موسر على ما قاله الإمام واقتضاه كلامهما . وقال السبكى : لا استثناء وضمن . نعم إن باعه لمضطر لا رهن معه جاز ، وكذا لو تحقق تلفه وأنه لايحفظ إلا ببيعه من معين بأدنى ثمن قياسا على مامر عن القفال ، ثم قال : والأولى على ماقاله الصيدلانى أن لا يرتهن فى البيع لنحو نهب إذا خشى على المرهون لأنه قد يرفعه لحنفى ويضمنه له ، وأفتى بعضهم بأنه يلزم الولى بعد الرشد استخلاص ديون المولى كعامل القراض وإن لم يكن ربح بل أولى لأن العامل مأذون له من المالك وهذا من جملة الشرع وأيده بكلام طويل فراجعه (قوله والدين عليهما) أى والحال (قوله إذا كان مليا) أى كل من الأب والجد (قوله ويحكم القاضى) أى فى صورة شرائهما من أنفسهما (قوله إذا رفعاه) أى الأمر فى المال يتأمل ذلك فإن الحكم لابد فيه من سبق دعوى وليس هنا من يدعى عليهما حتى يكون ذلك طريقا للحكم ، وقد يقال بالاكتفاء برفعهما من أنفسهما ليكون ذلك وسيلة لصرف الثمن الذى يدفعانه فى مصالح المحجور عليه من غير نزاع فى المستقبل ، ويصور

وفى القرض (قوله المصنف وارتهن) أى إن أمن على الرهن كما نقله الرافعى عن الصيدلانى قال : فالأولى إذا خاف على الرهن أن لا يرتهن لأنه قد يتلف ويرفع الأمر إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف المرهون (قوله وجوبا) أى ولو قاضيا كما علم مما قدمناه (قوله خلافا للإمام) أى فى قوله بالصحة حينئذ (قوله ويجب إثباتهما العدالة ليسجل) أى ليحكم إذ هو المراد من التسجيل كما فى التحفة كشرح الروض وإن أوهم صنيع الشارح خلافه . والحاصل أنه لايتوقف الحكم بصحة بيع الأب والجد على إثبات أنه وقع بالمصلحة ويتوقف على إثبات عدالتهما كما يعلم بمراجعة شرح الروض كغيره (قوله لأن ذلك فى جواز ترك الحاكم الخ) تعليل للاكتفاء بالعدالة الظاهرة لبقائهما على الولاية الذى تقدم فى كلامه كما يعلم من عبارة شرح الروض وإن لم يكن مذكورا هنا فى عبارة الشارح

ولا مال نفسه له ولا يقتص له وليه ولو أبا فشمل مالو ورثه وما لو جنى على طرفه ، ولا يعفو عن قصاص إلا في حق المجنون الفقير بخلاف الصبي ، ويشترط أن يكون أبا كما سيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى لأن للصبي غاية تنتظر بخلاف المجنون ، ولا يكاتب رقيقه ولا يدبره ولا يعلق عتقه على صفة ولا يطلق زوجته ولو بعوض ولا يصرف ماله في المسابقة ولا يشترى له إلا من ثقة ، والأوجه كما قاله ابن الرفعة منع شراء الجواري له للتجارة لغرور الهلاك وله أن يزرع له كما قاله ابن الصباغ (ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة) التي رآها في ذلك لأنه مأمور بفعلها ويترك الأخذ عند عدمها وإن عدمت في الترك أيضا كما اقتضاه كلامه كغيره ، قال في المطلب : والنص يفهمه والآية تشهد له : يعني قوله تعالى ـ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ـ واعلم أنهم قطعوا هنا بوجوب أخذه بالشفعة وحكوا وجهين فيما إذا بيع شيء بغبطة هل يجب شراؤه ، والفرق أن الشفعة ثبتت وفي الإهمال تفويت والتفويت ممتنع ، بخلاف الاكتساب فإن تركها مع وجود الغبطة وكمل المحجور أخذها لأن ترك الولي حينئذ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرفه ، بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطه ولو في الأخذ والترك معا ، ولو كانت الشفعة للولي بأن باع شقصا للمحجور وهو شريكه فيه فليس له الأخذ بها ، إذ لا تؤمن مسامحته في البيع لرجوع المبيع إليه بالثمن الذي باع به ، أما إذا اشترى له شقصا هو شريك فيه فله الأخذ إذ لا تهمة ، وظاهر أن الكلام في غير الأب والجد ، أما هما فلهما الأخذ مطلقا ، وتعبير المصنف كالرافعي بالمصلحة دون الغبطة أولى لعمومها ، إذ الغبطة كما مر بيع بزيادة على القيمة لها وقع ، والمصلحة لا تستلزم ذلك لصدقها بنحو شراء ما يتوقع فيه الربح وبيع ما يتوقع فيه الخسران ، لأن عبارته تفيد أن الممتنع على الولي بيع خال عن نفع وضرر لا الذي فيه مصلحة وإن لم ينته فيه إلى الغبطة . ولو أخذ الولي مع المصلحة فكمل المحجور وأراد الرد لم يمكن ، ولو ادعى على غير الأصل ترك الأخذ مع المصلحة أو التصرف بدونهما صدق بيمينه بلا بينة ، بخلاف الأصل فإنه يصدق بيمينه لانتفاء اتهامه (ويزكي ماله) وبدنه فورا حتما لأنه قائم مقامه كما مر في الزكاة (وينفق عليه بالمعروف)

ذلك بما إذا ادعى عليهما حسبة بأنهما أخذا مال محجورهما وتصرفا فيه لأنفسهما (قوله مالو ورثه) أي ورث الصبي القصاص (قوله ولا يشترى له إلا من ثقة) أي خوفا من خروجه مستحقا أو معيبا بعيب أخفاه البائع وقد لا يتأتى التدارك بعد فلو خالف بطل (قوله لغرور الهلاك) قضية هذه العلة جريان ذلك في الحيوان مطلقا ، وبه صرح في شرح الروض نقلا عن ابن الرفعة وعبارته : ولا يظهر جواز شراء الحيوان له للتجارة لغرور الهلاك (قوله فإن تركها) أي الشفعة : أي الأخذ بها (قوله بأن باع) أي الأجنبي (قوله له الأخذ بها) أي لنفسه (قوله أما إذا اشترى له) أي للطفل (قوله وهو) أي الولي (قوله مطلقا) باع له أو أخذ (قوله ولو ادعى) لا يقال : سيأتي هذا في قول المصنف فإن ادعى بعد بلوغه الخ . لأنا نقول : ما هنا أعم لا يأتي فلا اعتراض عليه (قوله صدق) أي الصبي (قوله ويزكي ماله وبدنه الخ) إن كان مذهبه ذلك وافق مذهب الولي أم لا لأنه قام مقامه ، فإن لم يكن ذلك مذهبه فالاحتياط كما أفتى به القفال أن يحسب زكاته حتى يبلغ فيخبره بها ، أو يرفع الأمر لقاض يرى وجوبها

(قوله فشمل مالو ورثه) مراده به تصوير ثبوت القصاص مع بقاء الولاية (قوله إلا من ثقة) أي فقد يخرج المبيع مستحقا (قوله للمحجور) وصف للشقص أي باع ذلك لأجنبي (قوله إذ الغبطة كما مر بيع بزيادة الخ) الذي وليس هو قصر الغبطة على ذلك وإنما الذي مر أنه من جملة ما صدقاتها (قوله أو التصرف بدونهما) يعني الآخذ بالشفعة إذ غيره سيأتي في المتن بعضه

فى طعام وكسوة وغيرهما مما لابد منه بما يليق به فى يساره وإعساره ؛ فإن قصر أثم أو أسرف ضمن وأثم ، ويخرج عنه أرش الجناية إن لم يطلب منه ذلك . ولا ينافيه مامر فى الفلس مع أن الدين الحال لايجب وفاؤه إلا بعد الطلب مع أن الأرش دين لأن ذاك ثبت بالاختيار فتوقف وجوب أدائه على طلبه بخلاف ماهنا ، وينفق على قريبه بعد الطلب منه كما ذكراه لسقوطها بمضى الزمان . نعم لو كان المنفق عليه مجنونا أو طفلا أو زمنا يعجز عن الإرسال ولا ولى له خاص لم يحتج إلى طلب كما هو ظاهر وكلامهما فى غير ذلك ، فإن كان له ولى خاص اعتبر طلبه فيما يظهر ، وكالصبى فى ذلك المجنون والسفيه ، ولا يستحق الولى فى مال محجوره نفقة ولا أجرة ، فإن كان فقيرا واشتغل بسببه عن الاكتساب أخذ أقل الأمرين من الأجرة والنفقة بالمعروف لقوله تعالى ـ ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ـ ولأنه تصرف فى مال من لا تمكن موافقته فجاز له الأخذ بغير إذنه كعامل الصدقات ، وكالأكل غيره من بقية المؤن وإنما خص بالذكر لأنه أعم وجوه الانتفاعات ومحل ذلك فى غير الحاكم . أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرح به المحاملى ، وله الاستقلال بالأخذ من غير مراجعة الحاكم ، ومعلوم أنه إذا نقص أجر الأب أو الجد أو الأم إذا كانت وصية عن نفقتهم وكانوا فقراء يتمونها من مال محجورهم لأنها إذا وجبت بلا عمل فمعه أولى ، ولا يضمن المأخوذ لأنه بدل عمله ، وللولى خلط ماله بمال الصبى ومواكلته للإرفاق حيث كان للصبى فيه حظ ، ويظهر ضبطه بأن تكون كلفته مع الاجتماع أقل منها مع الانفراد ؛ وله الضيافة والإطعام منه حيث فضل للمولى قدر حقه ، وكذا خلط أطعمة أيتام إن كانت المصلحة لكل منهم فيه ، ويسن للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوت أكلهم

فيلزمه بها حتى لايرفع بعد لحنفى يغرمه إياها اه سم على حج . وقضية التعبير بالاحتياط جواز الإخراج حالا ، وفيه نظر ؛ فإنه كيف يضيع ماله فيما لايرى وجوبه عليه ؛ فلعل المراد بالاحتياط وجوب ذلك حفظا لمال المولى عليه (قوله مما لابد منه) أى باعتبار ماجرت به العادة لمثله وإن زاد على الحاجة وتعدد من نوع أو أنواع ، ومنه مايقع من التوسعة فى شهر رمضان والأعياد ونحوها من مطعم وملبس (قوله لأن ذاك ثبت بالاختيار) ويؤخذ من هذا أن من أتلف مالا لغيره أو تعدى باستعماله وجب عليه دفع البدل لما أتلفه وأجرة ما استعمله ونحو ذلك وإن لم يطلبه صاحبه (قوله بعد الطلب منه) أى القريب ، فلو لم يطالب وصرف له ضمن (قوله أو زمنا) أى وكذا لو كان عاقلا قادرا على الطلب واضطر ولم يطلب فيجب على الولى إعطاؤه ولا ضمان عليه (قوله ولا ولى له) أى أو له ولى خاص ولم يطلب (قوله أخذ أقل الأمرين) الضمير فيه للولى وخرج به غيره كالوكيل الذى لم يجعل له موكله شيئا على عمله فليس له الأخذ لما يأتى أن الولى جاز له الأخذ لأنه : أى أخذه تصرف فى مال من لا تمكن موافقته وهو يفهم عدم جواز أخذ الوكيل لإمكان مراجعة موكله فى تقدير شىء له أو عزله من التصرف ، ومنه يؤخذ امتناع مايقع كثيرا من اختيار شخص حاذق لشراء متاع فيشتريه بأقل من قيمته لحذقه ومعرفته ، ويأخذ لنفسه تمام القيمة معللا ذلك بأنه هو الذى وفره لحذقه وبأنه فوت على نفسه أيضا زمنا كان يمكنه فيه الاكتساب فيجب عليه رد مابقى لمالكه لما ذكر من امكان مراجعة الخ ، فتنبه له فإنه يقع كثيرا (قوله من الأجرة) ومحل الاقتصار على الأقل فى الأجرة إذا لم يكن أبا ولا جدا ولا أما كما يأتى (قوله أقل منها) أى ولو بقدر يسير (قوله والإطعام منه) أى مما خلط (قوله ويسن الخ) إنما سن ذلك لما جرت به العادة من الاستئناس باجتماعهم على

(قوله خلط أزوادهم) لعله عند الأكل مثلا بأن يضع كل منهم شيئا من زاده المختص به كما هو المتبادر من لفظ الخلط ، فلا ينافى ما ذكروه فى الحج من طلب عدم المشاركة فليراجع

حيث كان فيهم أهلية التبرع ، ولا يجب على الولى تقديم موليه فى الشراء على نفسه ولو تضجر الأب وإن علا فله الرفع إلى الحاكم لينصب قيما بأجرة من مال محجوره ويجيبه إلى ذلك إن فقد متبرعا ، وله أن ينصب غيره بها بنفسه وينفق الولى أيضا على حيوانه ويستأجر من يعلمه الواجب من قرآن أو حرفة لائقة (فإن ادعى) الصغير (بعد باوغه) أو المجنون بعد إفاقته أو المبذر بعد رشده (على الأب أو الجد بيعا) لما له ولو غير عقار (بلا مصلحة) ولا بينة كما نأصاه وحذفه لوضوحه (صدقا باليمين) لأنهما غير متهمين لوفور شفقتهما ، ومقتضى ذلك كما قال الأسنوى قبول قول الأم إن كانت وصية ، وكذا من فى معناها كآبائها وهو كذلك (وإن ادعاه على الوصى أو الأمين) أى منصوب القاضى (صدق هو بيمينه) للتهمة فى حقهما ، ومحل ماذكر فى غير أموال التجارة ، أما فيها فالظاهر كما قاله الزركشى قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما فيها ودعواه على المشترى من الولى كدعواه على الولى فيقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجد لا إن اشترى منهما ، ولو أقام من لم يقبل قوله من الولى والمحجور عليه بينة بما ادعاه حكم له بها ولو بعد الحلف كما فى المحرر ، والدعوى على القاضى ولو قبل عزله

الأكل والوحشة بانفرادهم وللبركة الحاصلة عند الاجتماع (قوله ولو تضجر الأب) قال حج : وللأب والجد استخدام محجوره فيما لايقابل بأجرة ولا يضربه على ذلك على الأوجه ، خلافا لمن جزم بأن له ضربه عليه وإعارته لذلك ولخدمة من يتعلم منه ماينفعه دينا أو دنيا وإن قوبل بأجرة كما يعلم مما يأتى أول العارية وبحث أن علم رضا الولى كإذنه وأن للولى إيجاره بنفقته ، وهو محتمل إن علم أن له فيها مصلحة لكون نفقته أكثر من أجرته عادة وأفتى المصنف بأنه لو استخدم ابن بنته لزمه أجرته إلى بلوغه ورشده وإن لم يكرهه لأنه ليس من أهل التبرع بمنافعه المقابلة بالعوض ومن ثم لم تجب أجرة الرشيد إلا إن أكرهه ، ويجرى هذا فى غير الجد كالأم اهـ . وقضية قوله كالأم أنه لايأتى مثل ذلك فى الأب وأبيه ، وقد يقتضى قوله قبل الأب والجد الخ خلافه فيما يقابل بأجرة ، ثم رأيت فى نسخة من حج فى غير الجد للأم وهى ظاهرة ، وقوله وللأب استخدام محجوره الخ ينبغى أن محل ذلك مالم يرد تربيته وتدريبه على الأمور ليعتادها بعد البلوغ أخذا من قوله ولخدمة الخ ، ثم قضية قوله بما لايقابل بأجرة أنه لو استخدمه فيما يقابل بأجرة لزمته وإن لم يكرهه لكنه بولايته عليه إذا قصد بإنفاقه عليه جعل النفقة فى مقابلة الأجرة اللازمة له برئت ذمته لأن محل وجوب نفقته عليه إذا لم يكن له مال أو كسب ينفق عليه منه وهذا بوجوب الأجرة له صار له مال ، أما الإخوة إذا وقع منهم استخدام لبعضهم وجبت الأجرة عليهم للصغار منهم إذا استخدموهم ولم تسقط عنهم بالإنفاق عليهم لأنهم ليس لهم ولاية التمليك ، ولو اختلفا فى الاستخدام وعدمه صدق منكره لأن الأصل عدمه ، وطريق من أراد الخلاص من ذلك أن يرفع الأمر إلى الحاكم ويستأجر إخوته الصغار بأجرة معينة ويستأذنه فى صرف الأجرة عليهم فيبرأ بذلك ، ومثل ذلك فى عدم براءة الأخ مثلا مالو كان لإخوته جامكية مثلا وأخذ مايتحصل منها وصرفه عليهم فلا يبرأ من ذلك وطريقه الرفع إلى الحاكم إلى آخر ماتقدم (قوله فإن ادعى) الظاهر أن الواو هنا أولى لأن هذا التفصيل لايعلم مما قدمه (قوله صدق هو) أى الصغير (قوله قبول قولهما) أى الوصى والأمين (قوله لعسر الإشهاد) قال سم على منهج : ومال مر إلى التفصيل بين مايعسر الإشهاد عليه كأن جلسا فى حانوت ليبيعا شيئا فشيئا فيقبل قولهما من غير إشهاد لعسره ، وبين أن لايعسر كما لو أراد بيع

(قوله كما قاله الزركشى) أى تبعا لشيخه الأذرعى .

كالدعوى على الوصى والأمين كما اقتضاه كلام التنبيه واختاره الشيخ تاج الدين الفزارى وهو المعتمد خلافا للسبكى .

باب الصلح

وما يذكر معه من التزاحم على الحقوق والتنازع فيها

(والصلح لغة : قطع النزاع . وشرعا عقد يحصل به ذلك ، وهو أنواع : صلح بين المسلمين والكفار ، وبين الإمام والبغاة ، وبين الزوجين عند الشقاق ، وصلح فى المعاملة ، وهو مقصود الباب ، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى ـ والصلح خير ـ وما صح من قوله صلى الله عليه وسلم « الصلح جائز بين المسلمين ، إلا

مقدار كبير جملة بثمن فلا بد من الإشهاد اه (قوله وهو المعتمد) عبارة سم على منهج : قوله ولو بعد عزله الخ المعتمد قبوله بيمينه إن كان باقيا على ولا يته لا إن كان معزولا مر اه (قوله خلافا للسبكى) أى حيث قال آخرا يقبل قوله بلا تحليف ولو بعد عزله اه منهج .

(باب الصلح)

لو عبر بكتاب كان أوضح لأنه لايندرج تحت ماقبله ، وهو يذكر ويؤنث فيقال الصلح جائز وجائزة ، وهو رخصة على المعتمد لأن الرخصة هى الحكم المتغير إليه السهل لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلى ، ولا يشترط لتسميتها رخصة التغير بالفعل بل ورود الحكم على خلاف ماتقتضيه الأصول العامة كاف فى كونه رخصة كما يعلم ذلك من متن جمع الجوامع وشرحه ، ونقل فى الدرس عن العباب الجزم بما قلناه فراجعه (قوله والتنازع فيها) أى وما يذكر معهما كالجدار بين المالكين (قوله والصلح لغة قطع النزاع) عبارة الشيخ عميرة : لغة وعرفا اه . أقول : ولم يتعرض له الشارح لأنه لم يخالف اللغة فى شىء ، وجروا هنا على خلاف الغالب من أن المنقول عنه أعم من المنقول إليه : أى فيكون الشرعى فردا من أفراد اللغوى لأن العقد الذى يحصل به قطع النزاع ليس فردا من أفراد قطع النزاع فهما متباينان بحسب المفهوم وإن اتحدا بحسب التحقق والوجود : أى فالمكان الذى يتحقق فيه العقد يتحقق فيه قطع النزاع ولا عكس ، فبينهما عموم وخصوص بحسب التحقق وتباين بحسب المفهوم ، وقوله والصلح خير هى مخرجة على سبب وهو الشقاق بين الزوجين ، والقاعدة أن النكرة إذا أعيدت معرفة كانت عين الأولى فلم يكن نصا فى المدعى هنا . والجواب أن القاعدة أغلبية والقرينة على أن هذا من غير الغالب العدول عن الضمير إلى الاسم الظاهر ، فهو دليل على أن المراد عموم اللفظ لاخصوص السبب (قوله وبين الإمام والبغاة) لم خص الإمام وهلا عمم كالأول فقال بين أهل العدل والبغاة اه سم على منهج . أقول : ويجاب

(باب الصلح)

(قوله وصلح فى المعاملة الخ) عبارة القوت وعلى : أى ويقع على الصلح فى المعاملات والدعاوى والخصومات وهو المراد هنا

صلحا أحلّ حراما » أى كأن كان على نحو خمر « أو حرم حلالا » أى كأن لايتصرف فى المصالح عليه ، والكفار كالمسلمين ، وخصوا بالذكر لانقيادهم إلى الأحكام غالبا ، ولفظه يتعدى إلى المتروك بمن وعن وللمأخوذ بعلى والباء غالبا (هو قسمان : أحدهما يجرى بين المتداعيين ، وهو نوعان : أحدهما صلح على إقرار) أو حجة أخرى (فإن جرى على عين غير المدعاة) كما لو ادعى عليه دارا فأقرّ له بها وصالحه عنها بمعين كثوب (فهو بيع) للمدعاة من المدعى للمدعى عليه (بلفظ الصلح) ويسمى صلح المعاوضة (تثبت فيه أحكامه) أى البيع (كالشفعة والردّ بالعيب) وخيار المجلس والشرط (ومنع تصرفه) فى المصالح عليه وعنه (قبل قبضه واشتراط التقابض إن اتفقا) أى المصالح عنه والمصالح عليه (فى علة الربا) وغير ذلك من أحكامه كاشتراط التساوى إذا كان جنسا ربويا واشترط القطع فى بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف عند الاختلاف وفساده بالغرر ، والشرط الفاسد والجهل لأن حد البيع يصدق على ذلك . أما إذا صالحه على دين فإن كان ذهبا أو فضة فهو بيع أيضا أو عبدا أو ثوبا مثلاموصوفا بصفة السلم فهو سلم ، وسكت الشيخان عن ذلك لظهوره ، قاله الشارح جوابا عما اعترض به على المصنف بأنه كان من حقه أن يقول فإن جرى على غير العين المدعاة ليشمل مالوكان على عين أو دين . ووجه الرد أنه لو قال ذلك لم يحسن إطلاق كونه بيعا بل فى المفهوم تفصيل . ومعنى قول الشارح فهو سلم : أى حقيقة إن كان بلفظه وإلا فهو سلم حكما لا حقيقة (أو) جرى الصلح من العين المدعاة (على منفعة) لغير العين المدعاة

بأن القائم فى الصلح عن أهل العدل نائب الإمام فكان الصلح واقع منه فالمراد الإمام حقيقة أو حكما (قوله أى كأن لايتصرف الخ) أى وكأن صالح زوجته عما تدعيه عليه وأقرّ لها به على أن لايطلقها (قوله أو حجة أخرى) عبر بها لتشمل الشاهد واليمين فإنهما حجة لا بينه ومن الحجة علم القاضى (قوله أما إذا صالحه) أى المدعى وهو محترز قوله على عين (قوله على دين) أى فى ذمة المقرّ كأن يقول صالحتك مما تدعيه على كذا فى ذمتى (قوله فهو بيع أيضا) ولا يشكل عليه ماتقدم له فى باب السلم من أنه يجوز فى النقدين إذا كان رأس المال غيرهما . لأنا نقول : يمكنه حمل ذلك على ما إذا جرى العقد بلفظ السلم خاصة وما هنا ليس كذلك ، وإنما لم يحمل على السلم مع صلاحيته له لأن الغالب فى النقد أن لايكون مسلما فيه بل يكون ثمنا ، ولما كان لفظ الصلح محتملا للبيع وغيره حمل على البيع لأنه الغالب كما تقرر (قوله فهو سلم) أى إن جرى بلفظ السلم وإلا فهو بيع فى الذمة كما يأتى (قوله وسكت الشيخان عن ذلك) أى عن قوله على دين (قوله وإلا فهو سلم حكما) قد يفهم أنه يثبت له أحكام السلم وهو خلاف مامر له فى السلم من أن العقد إذا وقع بلفظ البيع على ما فى الذمة تثبت له أحكام البيع دون السلم، وقال حج : إن البيع إذا أطلق إنما ينصرف لمقابل السلم لاختلاف أحكامهما ، فهو أعنى البيع لايخرج عن موضوعه لغيره ، فإذا نافى لفظه معناه غلب لفظه لأنه الأقوى . وأما لفظ الصلح فهو موضوع شرعا لعقود متعددة بحسب المعنى لاغير ، فليس له موضوع خاص ينصرف إليه لفظه حتى يغلب فيه فتعين فيه تحكيم المعنى لاغير ا هـ . فيحتمل

(قوله والشرط الفاسد) أى المفسد (قوله والجهل) لاحاجة إليه مع ذكر الغرر (قوله جوابا عما اعترض به على المصنف) أى الموافقة عبارته لبقية كتبه ولكتب الرافعى : ومن ثم جعل الجلال المحلى الجواب عن سكوت الشيخين مطلقا لا عن خصوص عبارة المصنف (قوله فى المفهوم تفصيل) يعنى مفهوم قول المصنف على عين والتفصيل هو كون الدين تارة يكون بيعا وتارة يكون سلما .

كخدمة عبد شهرا (فإجارة تثبت أحكامها) أى الإجارة فى ذلك لصدق حد الإجارة عليه . أما لو صالح على منفعة العين المدعاة فهى إعارة تثبت أحكامها ، فإن عين مدة فإعارة موقتة وإلا فمطلقة (أو) جرى الصلح (على بعض العين المدعاة) كربعها (فهبة لبعضها) الباقى (لصاحب اليد) عليها (فتثبت أحكامها) أى الهبة المقررة فى بابها من اشتراط القبول وغيره لصدق حدها ، فتصح فى البعض المتروك بلفظ الهبة والتمليك وشبههما (ولا يصح بلفظ البيع) له لعدم الثمن (والأصح صحته بلفظ الصلح) كصالحتك عن الدار على ربعها لأن الخاصية التى يفتقر إليها لفظ الصلح هى سبق الخصومة وقد حصلت والثانى لايصح لأن لفظ الصلح يتضمن المعاوضة ولا عوض هنا للمتروك . ومحال أن يقابل الإنسان ملكه بملكه ، وحمله الأول على الهبة تنزيلا لهذا اللفظ فى كل موضع على مايليق به كلفظ التمليك ويسمى هذا صلح الحطيطة (ولو قال من غير سبق خصومة صالحنى عن دارك) مثلا (بكذا) فأجابه (فالأصح بطلانه)لاستدعاء لفظ الصلح سبق الخصومة سواء أكانت عند حاكم أم لا . والثانى يصح لأنه معاوضة فلم يشترط فيه ذلك قياسا على البيع . ومحل الخلاف عند عدم النية ، فإن استعملاه ونويا البيع كان كناية من غير شك كما قالاه وإن رده فى المطلب (ولو صالح من دين) يجوز الاعتياض عنه (على) غيره (عين) أو دين ولو منفعة كما قاله الأسنوى (صح) لعموم الأدلة سواء أعقد بلفظ البيع أم الصلح أم الإجارة .

أن الشارح تبع حج (قوله أما لو صالح على منفعة العين) كأن صالحه المدعى عليه منها على أن يسكنها سنة (قوله فهى إعارة الخ) ومنه جواز الرجوع فيها متى شاء اه سم على منهج (قوله فهبة لبعضها) كأن صورته أن يقول وهبتك نصفها وصالحتك على الباقى . وصورة البيع بعتك نصفها وصالحتك على الباقى اه . قال الشيخ عميرة : قال السبكى : لو قال وهبتك نصفها على أن تعطينى النصف الآخر فسد كنظيره من الإبراء اه سم على منهج (قوله لصاحب اليد) أى مثلا (قوله بلفظ الهبة والتمليك) قضيته أنه لو اقتصر على قوله صالحتك من هذه الدار على نصفها لايكون هبة لباقيها ، وهو غير مراد فإن الصيغة تقتضى أنه رضى منها ببعضها وترك باقيها ، ويصرح به قول الشارح الآتى كصالحتك عن الدار على ربعها (قوله وشبههما) كالرقبى والعمرى (قوله ولا يصح) أى فيما إذا جرى على بعض العين المدعاة (قوله وحمله الأول على الهبة) أى فتثبت فيه أحكامها من توقف الملك على القبض فيجوز للمصالح الرجوع عن الصلح إذا لم يوجد قبض ، وعليه فلو كانت الدار المصالح عنها بيد المقر اعتبر إذن المصالح له فى القبض ومضى زمن يمكن فيه القبض (قوله ويسمى هذا صلح الحطيطة الخ) أى الصلح من المدعى به على بعضه (قوله من غير سبق خصومة) أى ولو مع غير المصالح كما يأتى فيما لو قال الأجنبى للمدعى عليه صالحنى عن الدار التى بيدك لفلان بكذا لنفسى فإنه صحيح على ما يأتى اكتفاء بالمخاصمة السابقة بين المتداعيين (قوله صالحنى عن دارك) وخرج به مالو قال لغريمه بلا خصومة أبرأنى من دينك على بأن قاله استيجابا لطلب البراءة فأبرأه جاز عباب اه على منهج (قوله سواء أكانت عند حاكم أم لا) يشعر بأنه لابد لصحة الصلح من وقوع الخصومة عند غير المتخاصمين فلا تكفى المناكرة فيما بينهما ولعله غير مراد ، فمتى سبق بينهما تنازع ثم جرى الصلح بلفظه صح لأنه صدق عليه أنه بعد خصومة ، ويمكن شمول قوله أم لا لذلك (قوله ونويا البيع) أى أو غيره مما يستعمل فيه لفظ الصلح من الإجارة وغيرها الآتى فيما يظهر ، ولعله إنما اقتصر عليه لأنه الذى صرح به الشيخان ، ولأنه الظاهر من قول المصنف : صالحنى عن دارك بكذا (قوله كان كناية الخ) معتمد

أما مالا يصح الاعتياض عنه كدين السلم فإنه لايصح ، وعلم مما تقرر صحة عبارة المصنف ، وما اعترض به عليه من أنه كان حقه أن يعبر بغير لأن لفظة عين تنافى التفصيل الآتى لقوله فإن كان العوض عينا إلى قوله أو دينا أجاب عنه الشارح بما سيأتى ، وقد قال السبكى : إنه يوجد فى بعض نسخ المحرر على عوض وهو الصواب اه (فإن توافقا) أى الدين المصالح عنه والعوض المصالح عليه (فى علة الربا) كأن صالح عن ذهب بفضة (اشترط قبض العوض فى المجلس) حذرا من الربا ، فإن تفرقا قبل قبضه بطل الصلح ، وتعينه فى العقد ليس بشرط فى الأصح (وإلا) أى وإن لم يتوافق المصالح عنه الدين والمصالح عليه فى علة الربا كما قاله الشارح فجعله منقطعا عن الأول ممثلا عن فضة بحنطة أو ثوب (فإن كان العوض عينا لم يشترط قبضه فى المجلس فى الأصح) كما لو باع ثوبا بدراهم فى الذمة لايشترط قبض الثوب فى المجلس . والثانى يشترط لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر فى المجلس كرأس مال السلم (أو) كان العوض (دينا) كصالحتك عن الدراهم التى عليك بكذا (اشترط تعيينه فى المجلس) ليخرج عن بيع الدين بالدين (وفى قبضه فى المجلس الوجهان) أصحهما (عدم الاشتراط) فإن كان ربويين اشترط لما سبق فى الاستبدال عن الثمن وإن كان العوض منفعة فقبضها بقبض محلها . قال الأسنوى : ويتجه تخريج اشتراطه على الخلاف فيما لو صالح على عين (وإن صالح من دين على بعضه) كثمنه (فهو إبراء عن باقيه) لأنه معناه فثبت فيه أحكامه ، وقد علم من كلامه انقسام الصلح عن الدين إلى معاوضة وحطيطة كالعين ، وأفهم كلامه عدم اشتراط قبض الباقى فى المجلس لأنه لم يجعل هذا العقد معاوضة بل إبراء ، وهل يعود الدين إذا امتنع المبرأ من أداء الباقى أم لا ؟ وجهان أصحهما عدم عوده (ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما) كالإسقاط والهبة والحط

(قوله كدين السلم) أى كالمبيع فى الذمة حيث عقدها عليه بلفظ البيع كما ذكره الشارح فى باب المبيع قبل قبضه وإن ذكر سم على منهج عنه هنا جواز الاعتياض عنه وكنجوم الكتابة (قوله وعلم مما تقرر) هو قوله على غيره (قوله وهو الصواب) أى لشموله للدين (قوله اشترط) أى القبض فى المجلس (قوله اشتراطه) أى القبض (قوله فيما لو صالح على عين) والراجح أنه لايشترط فكذا هنا (قوله لأنه) أى الصلح (قوله معناه) أى الإبراء (قوله من أداء الباقى) أى حالا أو مآلا (قوله والحط) لاحاجة إليه لأنه عين قول المصنف والحط

(قوله وعلم مما تقرر صحة عبارة المصنف) انظر ماوجه صحتها مما قرره ، فإن غاية ماقرره أنه أتى بحكم خارجى كان من حق المصنف أن يأتى به ليوافق عبارته الآتية ، وبفرض صحتها به فما الداعى إلى قوله وما اعترض به الخ فبعد التنزل ، ، وأن ماقرّره مصحح لعبارة المصنف فكان عليه أن يجعل ماذكره الشارح جوابا ثانيا عن الاعتراض وأجاب الشهاب حج بأن المصنف أراد بالعين هنا ما يقابل المنفعة الشاملة للعين والدين بدليل تقسيمه المصالح عليه إلى عين ودين ، وغاية الأمر أنه استعمل العين فى الأمرين تارة وفى مقابل الدين أخرى ، وذلك مجاز عرفى دل عليه مابعده ، ومثل ذلك يقع فى عباراتهم كثيرا . قال : فإن قلت : فما وجه المقابلة بالمنفعة مع الصحة فيها أيضا كما علم مما مرّ ؟ قلت : لأنه لايتأتى فيها التفريع الذى قصده من التوافق فى علة الربا تارة وعدمها أخرى (قوله فجعله منقطعا عن الأول) أى حيث قيد المصالح عنه بالدين كما هو وضع المسئلة وأطلق فى المصالح عليه فشمل الدين والعين فأشار إلى أنه غير مرتبط بما قبله وإن اقتضاه السياق ، لكن الشارح هنا جعل القطع عن الأول من قول المصنف ، فإن توافقا الخ حيث عبر فى المصالح عليه بالعوض وهذا لم يسلكه الشارح الجلال (قوله عدم اشتراط قبض الباقى) يعنى ما يأخذه المدعى وهو الثمن فى مثاله

والترك والإحلال والتحليل والعفو والوضع ، ولا يشترط حينئذ القبول على المذهب سواء أقلنا الإبراء تمليك أم إسقاط (و) يصح (بلفظ الصلح) وحده (فى الأصح)* كصالحتك من الألف الذى لى عليك على خمسمائة . ويشترط فى هذه الحالة قبوله كما دل عليه كلامهما ولا يصح هذا الصلح بلفظ البيع ؛ وما اقتضاه كلامه من البطلان فيما لوكانت الخمسمائة المصالح بها معينة ؛ ورجحه القاضى والإمام وقطع به القفال وصوّبه فى المهمات . وجرى عليه ابن المقرى فى روضه . يخالفه ماجرى عليه البغوى والخوارزمى والمتولى ؛ واقتضاه كلام أصل الروضة من الصحة وهو المعتمد ؛ لأن الصلح من الألف على بعضه إبراء للبعض واستيفاء للباقى فلا فرق بين المعين وغيره (ولو صالح من) دين (حال على مؤجل مثله) جنسا وقدرا وصفة (أو عكس) أى صالح من مؤجل على حال مثله كذلك (لغا) الصلح إذ هو من الدائن وعد فى الأولى بإلحاق الأجل وصفة الحلول لايصح إلحاقها وفى الثانية وعد من المديون بإسقاط الأجل وهو لايسقط والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل (فإن عجل) الدين (المؤجل صح الأداء) وسقط الأجل لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما. ومحله مالم يؤد على ظن صحة الصلح ووجوب التعجيل وإلا لم يسقط فله الاسترداد كما قالوه . ومحله فيما لو شرط بيعا فى بيع وأتى بالثانى على ظن الصحة . نبه عليه ابن الرفعة وغيره. وقال الأسنوى : تضافرت عليه النصوص فلتكن الفتوى به (ولو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة برئ من خمسة وبقيت خمسة حالة) لأنه صالح بحط البعض ووعد بتأجيل الباقى والوعد لايلزم والحط صحيح (ولو عكس) بأن صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة (لغا) الصلح لأن صفة الحلول لايصح إلحاقها والخمسة الأخرى إنما تركها فى مقابلة ذلك ؛ فإذا لم يحصل الحلول لايصح الترك ، والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل . وقضية ماتقرر

(قوله أم إسقاط) معتمد(قوله ويصح) أى الإبراء (قوله ويشترط فى هذه الحالة)هى قوله كصالحتك من الألف الخ (قوله ولا يصح هذا الصلح) أى الصلح من دين على بعضه (قوله ومااقتضاه كلامه) حيث قال من دين على بعضه إذ المتبادر منه عدم التعيين للمصالح به (قوله معينة) أى بالمجلس (قوله مثله كذلك) أى جنسا وقدرا الخ (قوله وإلا لم يسقط) قال سم على منهج : قال مر : وينشأ من هذا مسئلة تعم بها البلوى . وهى مالو وقع بينهما معاملة ثم صدر بينهما تصادق مبنى على تلك المعاملة بأن كلا منهما لايستحق على الآخر شيئا مع ظنهما صحة المعاملة ثم بان فسادها تبين فساد التصادق وإن كان عند الحاكم (قوله فله الاسترداد) ع لو أراد بعد ذلك أن يجعله من الدين من غير استرداد فهل يصح أم لابد من رده وإعادته يتأمل ذلك اه سم على منهج . أقول : والظاهر الأول لأنه بالتراضى كأنه ملكه تلك الدراهم بما له عليه من الدين فأشبه مالو باع العين المغصوبة للغاصب بما له عليه من الدين (قوله ومحله فيما لو الخ) لايظهر هذا التقييد لما الكلام فيه إذ هو فى خصوص الصلح ، فلعل فى العبارة سقطا . ومع ذلك فالظاهر أن المراد منه رد هذا التفصيل بأن محله فى البيع المذكور دون غيره فيكون القبض صحيحا مطلقا ، ثم رأيت فى نسخة صحيحة إسقاط لفظة ومحله (قوله والصحة الخ) لاتكرار فيه مع ماتقدم لأن مامر اتفق المصالح منه والمصالح عنه واختلفا فى الصفة وما هنا اختلفا قدرا وصفة (قوله وقضية ماتقرر) من أنه لو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة الخ . وقوله فيه : أى فى التفصيل المفرق بين الصلح من المؤجل على الحال وعكسه

(قوله وما اقتضاه كلامه) أى فى قوله على بعضه(قوله وصفة الحلول) صوابه وصفة التأجيل

عدم الفرق فيه بين الربوى وغيره ، وهو كذلك خلافا لصاحب الجواهر ، وقد علم مما قررناه انقسام الصلح إلى ستة أقسام : بيع ، وإجارة ، وعارية ، وهبة ، وسلم ، وإبراء . ويزاد على ذلك أنه يكون خلعا كصالحتك من كذا على أن تطلقنى طلقة ، ومعاوضة من دم العمد كصالحتك من كذا على ماتستحقه علىّ من قصاص ، وجعالة كصالحتك من كذا على رد عبدى ، وفداء كقوله لحربى صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير ، وفسخا كأن صالح من المسلم فيه على رأس المال ، وتركها المصنف ككثير لأخذها من الأقسام التى ذكرها فاندفع قول الأسنوى أهملها الأصحاب وهى واردة عليهم جزما (النوع الثانى الصلح على الإنكار) أو السكوت من المدعى عليه كما قاله فى المطلب عن سليم الرازى وغيره ، ولا حجة للمدّعى كأن ادعى عليه شيئا فأنكر أو سكت ثم صالح عنه (فيبطل إن جرى على نفس المدعى) كأن يدّعى عليه دارا فيصالحه عليها بأن يجعلها للمدعى أو للمدعى عليه كما تصدق به عبارة المصنف ، وهو باطل فيهما إذ لايمكن تصحيح التمليك مع ذلك لاستلزامه أن يملك المدعى مالا يملكه أو المدعى عليه مايملكه ، ، وقياسا على مالو أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شىء ، ولا ينافى ذلك خبر أبى داود « أنه صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما فى مواريث ولا بينة لهما : اقتسما ثم توخيا الحق ثم استهما ثم ليحالل كل منكما صاحبه » لأنه قسمها بينهما بحكم كونها فى يدهما ولا مرجح ، وأما التحليل مع الجهل فمن باب الورع لأنه أقصى مايمكن حينئذ ، بخلاف جهل مايمكن استكشافه . واليمين المردودة كالإقرار ، وكذا قيام بينة بعد الإنكار فيصح الصلح بعدها كما قاله الماوردى ، واستشكال

(قوله عدم الفرق الخ) فيه تفصيل كما يفهم مما نقله حج عن الجواهر (قوله على أن تطلقنى) أى فيقبل بقوله صالحتك لأنه قائم مقام طلقتك ، ولا حاجة إلى إنشاء عقد خلافا لما وقع فى كلام بعض أهل العصر (قوله وفسخا) والقياس صحة كونه حوالة أيضا بأن يقول للمدعى عليه للمدعى صالحتك من العين التى تدعيها علىّ على كذا حوالة على زيد مثلا (قوله فيبطل) أى للخبر السابق « إلا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا » فإن المدعى إن كذب فقد استحل مال المدعى عليه الذى هو حرام ، وإن صدق فقد حرّم على نفسه ماله الذى هو حلال : أى بصورة العقد : فلا يقال للإنسان ترك بعض حقه اهـ حج . وكتب عليه سم مانصه : قوله فقد حرم الخ قد يناقش بأنه لامحذور فى ذلك لأن حرمته على نفسه بمعاملة صحيحة صدرت باختياره كسائر المعاملات الصحيحة المختارة . فإن كلا من المتعاملين حرّم على نفسه مابذله فى تلك المعاملة والمعاملة هنا صحيحة . ومن ذلك الصلح على الإقرار . فإن المدعى حرم على نفسه مابذله فى تلك المعاملة والمعاملة هنا صحيحة عند المخالفين فهى كغيرها من المعاملات الصحيحة . ومن ذلك الصلح على الإقرار فإن المدعى حرم على نفسه ماله بما أخذه عوضا عنه الخ اهـ . ويمكن الجواب عنه كما يؤخذ من كلام ع بأن غيره من المعاملات كل من المتعاقدين يتصرف فى ملك نفسه ، بخلاف مانحن فيه فإن المدعى يبيع ما لايملكه أى حيث كان غير محقق فى إنكاره والمشترى يشترى مايملكه : أى حيث كان صادقا فى دعواه (قوله مع ذلك) أى الإنكار (قوله وقياسا الخ) لعل هذا متفق عليه بين الأئمة وإلا فهو من أفراد الصلح على الإنكار فلا يصح القياس (قوله فيصح الصلح بعدها) أى بعد تعديلها وإن لم يحكم بالملك : قال سم على حج :

(قوله لاستلزامه أن يملك المدعى ما لايملكه أو المدعى عليه مايملكه) أى إن كان المدعى كاذبا فيهما . فإن كان صادقا انعكس الحال ، فلو قال لاستلزامه أن يملك الشخص مايملكه أو ما لايملكه لشملهما ؛ على أن فى هذا التعليل نظرا لايخفى ، إذ لامحذور فى كون الشخص يملك مالا يملكه بواسطة الصلح كغيره فليحرر

الغزالى ذلك قبل القضاء بالملك لأن له سبيلا إلى الطعن يرد بأن العدول إلى المصالحة يدل على عجزه عن إبداء طاعن ولو ادعى عليه عينا فقال رددتها إليك ثم صالحه فإن كانت أمانة بيده لم يصح الصلح لقبول قوله فيكون صلحا على الإنكار ، وإلا فقوله فى الرد غير مقبول فيصح الإقرار بالضمان هذا ما فى فتاوى البغوى ، وله احتمالان بالبطلان مطلقا فإنه لم يقر أن عليه شيئا ويرد بمثل مامر من أن العدول إلى المصالحة يدل على بقاء ضمانه ، وللمدعى المحق فيما بينه وبين الله أن يأخذ مابذله فى الصلح على إنكار ، لكن إن وقع الصلح على غير المدعى كان ظافرا ففيه ما يأتى فى الظفر ، ولو أنكر فصولح ثم أقر لم يفد إقراره صحة الصلح السابق كما قاله الماوردى لانتفاء شرطه من سبق الإقرار ، فاندفع قول الأسنوى أخذا من كلام السبكى ينبغى الصحة لاتفاقهما ، على أن العقد جرى بشروطه فى علمهما أو فى نفس الأمر ، وعلم الفرق بين هذا وما لو باع مال أبيه ظانا حياته ، فإن الشرط وهو الملك موجود ثم فى نفس الأمر ، بخلافه هنا إذ الإقرار إخبار لايلزم منه وجود مخبر به فى نفس الأمر ، ولو تنازعا فى جريانه على إنكار أو إقرار صدق مدعى الإنكار لأن الأصل عدم العقد ، ولأن الظاهر والغالب جريان الصلح على الإنكار ، بخلاف البيع فالغالب صدوره على الصحة فلهذا كان القول فيه قول مدعيها ، ويغتفر جريانه على غير إقرار فيما لو اصطلح الورثة فيما وقف بينهم كما سيأتى إذا لم يبذل أحد عوضا من خالص ملكه ، وفيما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار أو طلق إحدى زوجتيه ومات قبل البيان أو التعيين ووقف الميراث بينهن فاصطلحن ، وفيما لو تداعيا وديعة عند آخر فقال لا أعلم لأيكما هى أو دارا فى يدهما وأقام كل بينة

وخرج ببعدها مالو أقيمت بعده فلا ينقلب صحيحا كما لو أقر بعده كما سيأتى ، وهذا بخلاف مالو أقيمت بعد الصلح بينة بأنه كان مقرا قبل الصلح فإن الصلح صحيح ، فعلم الفرق فى البينة بعد الصلح بين الشاهدة بنفس الحق فلا يكون الصلح صحيحا والشاهدة بالإقرار قبله فيكون صحيحا مر . وفى شرح العباب : ولو أقيمت بينة بعد الصلح على الإنكار بأنه ملكه وقته فهل تلحق بالإقرار ؟ قال الجورى : تلحق به بالأولى لأنه يمكن الطعن فيها لافيه اهـ . أقول : قد تمنع الأولوية بأن شرط الصلح الإقرار وهو منتف ومن ثم لو كان المدعى محقا فى نفس الأمر لايملك الصلح عليه اعتبارا بذلك بل يتصرف فيه من باب الظفر كما ذكره شيخنا الزيادى فى حاشيته وسيأتى فى كلام الشارح ، فلعل مراد الجورى من إلحاقه بالإقرار أنه يأتى فيه إشكال الغزالى من أنه متمكن من الطعن فى البينة قبل الحكم لأنه يتبين بذلك صحة الصلح (قوله ذلك) أى الصلح فيما لو أقيمت البينة (قوله فإن كانت أمانة) أى بغير رهن وإجارة على مايفيده التعليل (قوله وله احتمالان) كان الأظهر أن يقول وله احتمال ، ثم رأيته كذلك فى نسخة صحيحة (قوله فصولح) أى أوقع الصلح بينه وبين خصمه على شىء (قوله فيما وقف بينهم) قضيته أنه لو كان إرث كل واحد منهم ناجزا إلا أنهم لم يعلموا مقدار مالكل إما لعدم القسمة أو لعدم معرفة ما لكل شرعا لم يصح الصلح لأنهم لم ينصوا على استثنائه فبقى على أصله (قوله أو دارا فى يدهما) أى تداعيا دارا فى الخ (قوله وأقام كل بينة) قضية ذلك أنهما لو تصالحا بلا بينة لم يصح ، وعليه فأى فرق بين ذلك وبين إقامة البينتين فإنهما يتساقطان ويبقى مجرد اليد ، وقد تقدم فى الجواب عن أنه صلى الله عليه وسلم قسم بين اثنين تخاصما فى ميراث

(قوله فإن كانت أمانة بيده) أى وكان المدعى هو الذى ائتمنه عليها لأن هذه هى التى يقبل قوله فى ردها إليه (قوله ووقف الميراث بينهن) الأولى بينهما .

ثم اصطلحا ، ولا ينافي ماعبر به المصنف تعبير الروضة كأصلها بقولها على غير المدعىٰ كأن يصالحه عن الدار بثوب أو دين فقد قال الشارح : وكأن نسخة المصنف من المحرر عين فعبر عنها بالنفس ، ولم يلاحظ موافقة ما فى الشرح فهما مسئلتان حكمهما واحد اهـ . ومراده بذلك دفع اعتراض من قال إن الصواب التعبير بالغير كما عبر به فى المحرر ، ولهذا ادعى بعضهم أن الراء تصحفت على المصنف بالنون فعبر عنها بالنفس . لايقال : التعبير بالنفس غير مستقيم لأن على والباء يدخلان على المأخوذ ومن وعن على المتروك لأنا نقول : ذلك جرى على الغالب كما مرت الإشارة إليه ، وأيضا فالمدعى المذكور مأخوذ ومتروك باعتبارين غايته أن إلغاء الصلح فى ذلك للإنكار ولفساد الصيغة باتحاد العوضين (وكذا) يبطل الصلح (إن جرى على بعضه) أى المدعى كما لوكان علىٰ غير المدعى (فى الأصح) والثانى يصح لاتفاقهما على أن البعض مستحق للمدعى ولكنهما مختلفان فى جهة الاستحقاق ، واختلافهما فى الجهة لايمنع الأخذ . ورد بأنه عند اختلاف الدافع والقابض فى الجهة المصدق الدافع وهو يقول إنما بذلت لدفع الأذى لئلا يرفعنى إلى قاض ويقيم علىّ شهود زور والبذل لهذه الجهة باطل ، ويستثنى من محل الوجهين مالوكان المدعى به دينا وصالح منه على بعضه فإنه يبطل جزما لأن التصحيح إنما هو بتقدير الهبة وإيرادها على مافى الذمة ممتنع (وقوله) بعد إنكاره (صالحنى عن الدار) مثلا (التى تدعيها ليس إقرارا فى الأصح) لاحتمال أن يريد قطع الخصومة فقط ، والثانى نعم لتضمنه الاعتراف كما لو قال ملكنى ودفع بما مر ، وعلى الأول يكون الصلح بعد هذا التماس صلح إنكار ، أما لو قال ذلك ابتداء قبل إنكاره كان باطلا جزما ، ولو قال بعنى أو هبنى أو ملكنى المدعى به أو زوجنيها أو أبرئنى منه فإقرار لا أجرنى أو أعرنى على الأصح كما جزم به فى الأنوار ، إذ الإنسان قد يستعير ملكه ويستأجره من مستأجره ومن الموصى له بمنفعته . نعم يظهر كما بحثه الشيخ أنه إقرار بأنه

بأنه إنما فعل ذلك لكونها فى يدهما فيقال بمثله هنا (قوله ثم اصطلحا) أى من هى فى يدهما (قوله كما مرت الإشارة إليه) أى فى أول الترجمة بقوله غالبا وعلى هذا فالمراد بالإشارة الذكر (قوله وإيرادها) أى الهبة (قوله ممتنع) وقد يدفع بأنه لو قيل بالصحة لكان إبراء وهو مما فى الذمة صحيح (قوله كان باطلا جزما) الجزم هنا قد يخالف قول المصنف السابق ولو قال من غير سبق خصومة صالحنى عن دارك بكذا فالأصح بطلانه ، ويمكن الجواب بأن ماتقدم مفروض فى صحة الصلح وفساده ، وما هنا فى صحة الإقرار وبطلانه كما يصرح به قول حج هنا ، أما قوله ذلك ابتداء قبل إنكاره فليس إقرارا قطعا (قوله فإقرار) هذا إذا كان المدعى به عينا كما هو الفرض فلو كان دينا فهو باطل مطلقا اهـ حج بالمعنى . وعبارته : وكذا قوله لمدعى عليه ألف صالحنىٓ منها على خمسمائة وهبنى خمسمائة أو أبرئنى من خمسمائة لاحتمال أن يرتب به قطع الخصومة لا غير اهـ . وهو مستفاد من قول الشارح فيما سبق ويستثنى من محل الوجهين (قوله لا أجرنى) أى فلا يكون إقرارا بالعين

(قوله لايقال الخ) لايخفى ما فى هذا السؤال من حيث سياقه من القلاقة (قوله جرى على الغالب) أى فالمعنى : أى من أوعن نفس المدعى : أى على غيره : أى وحذفه لوضوحه ولعلمه من المعطوف وعبارة التحفة مع المتن : إن جرى على هى هنا بمعنى عن أو من لما مر أن كون على والباء للمأخوذ وعن ومن للمتروك أغلبى نفس المدعى على غيره كأن ادعى عليه بدار أو دين فأنكر ثم تصالحا على نحو ثن ، ويصح كونها على بابها والتقدير : إن جرى على نفس المدعى عن غيره ودل عليه ذكر المأخوذ لأنه يقتضى متروكا ، ويصح مع عدم هذا التقدير أيضا ، وغايته أن البطلان فيه لأمرين كونه على إنكار وعدم العوضية فيه انتهت (قوله وأيضا فالمدعى المذكور الخ) هذا هو الذى سلكه هو فى حل المتن (قوله مأخوذ ومتروك باعتبارين) أى فعلى على بابها للاعتبار الثانى

مالك للمنفعة (القسم الثانى) من الصلح (يجرى بين المدعى وأجنبى . فإن قال) الأجنبى للمدعى (وكلنى المدعى عليه فى الصلح) عن المدعى به (وهو مقرّ لك) به فى الظاهر أو فيما بينى وبينه ولم يظهره خوفا من أخذ المالك له كما صرح به بالقسمين فى المحرر (صح) الصلح بينهما لأن دعوى الإنسان الوكالة فى المعاملات مقبولة . ومحله كما قال الإمام والغزالى إذا لم يعد المدعى عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة فإن أعاده كان عزلا فلا يصح الصلح عنه ثم إن كان المدعى عينا وصالح على بعض المدعى به أو على عين المدعى عليه أو على دين فى ذمة المدعى عليه صح وصار المصالح عنه ملكا للموكل له إن كان الأجنبى صادقا فى الوكالة وإلا فهو شراء فضولى . وقد مر فى البيع . نعم لو قال الأجنبى وكلنى فى المصالحة لقطع الخصومة وأنا أعلم أنه لك صح الصلح فى الأصح عند الماوردى وجزم به فى التنبيه وأقره فى التصحيح ، وليس فى هذه تعرض للإقرار . ولو قال هو منكر غير أنه مبطل فصالحنى له على عبدى هذا لتنقطع الخصومة بينكما وكان المدعى دينا صح الصلح أو عينا فلا . والفرق أنه لايمكن تمليك الغير عين مال بغير إذنه ويمكن قضاء دينه بغير إذنه . ولو صالح الوكيل عن الموكل على عين من مال نفسه أو على دين فى ذمته بإذنه صح العقد ووقع للآذن ويرجع المأذون عليه بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة إن كان متقوّما لأن المدفوع قرض لا هبة ، وخرج بقول المصنف وكلنى الخ مالو تركه فهو شراء فضولى فلا يصح كما مر . وبقوله وهو مقرّ لك مالو اقتصر على وكلنى فى مصالحتك فلا يصح ، ولو كان المدعى دينا فقال الأجنبى وكلنى المدعى عليه بمصالحتك عن نصفه أو ثوبه فصالحه صح كما لو كان المدعى عينا أو على ثوبى هذا لم يصح لأنه بيع شىء بدين غيره . وهذا هو المعتمد كما جزم به ابن المقرى تبعا للمصنف ، وما ادعاه الزركشى من أنه مخالف لما مر قبله فى نظيره من صورة العين أنه يصح العقد ويقع للآذن . وقد صرح الإمام بأن الخلاف فيهما سواء . وتبعه الشيخ بل أخذ بقضيته فقال : الأوجه ما أشار إليه من إلحاق هذه بتلك فيصح ويسقط الدين كمن ضمن دينا وأداه مردود بإمكان الفرق بينهما بأن بذل الوكيل عينه فى مقابلة العين التى عند موكله ليس فيه جهالة لتعين مابذل فى مقابلته ، بخلاف بذل عينه عن موكله فى مقابلة دين موكله فإن فيه جهالة أىّ جهالة إذ الدين لايتعين إلا بقبضه ومادام فى الذمة

(قوله ومحله) أى محل ماذكر (قوله فإن أعاده) أى لغير غرض أخذا مما يأتى فى الوكالة من أن إنكار التوكيل يكون عزلا إن لم يكن له غرض فى الإنكار (قوله كان) أى الإنكار (قوله وقد مر) أى بطلانه فى الجديد (قوله نعم) استدراك على مفهوم قول المصنف وهو مقر لك (قوله صح الصلح) أى ولا رجوع له بقيمة العبد إن لم يكن أذن له فى الصلح عنه (قوله ولو صالح) أى من عين (قوله من مال نفسه) أى الوكيل (قوله فى ذمته) أى الوكيل (قوله بإذنه) أى الموكل (قوله وبالقيمة الخ) يشكل عليه التوجيه بأن المدفوع قرض لا هبة ، إذ مقتضاه الرجوع بالمثل مطلقا لما تقدم أن الواجب فى القرض رد المثل الصورى فى المتقوّم (قوله من أنه) أى عدم الصحة (قوله بإمكان الفرق) فى الفرق بما ذكر نظر فإنه لو قيل بصحته كان الثوب قرضا للمصالح عنه ، فكأنه اشترى الدين الذى عليه بالثوب الذى دفعه

(قوله خوفا من أخذ المالك) الأولى الإضمار (قوله وليس فى هذه تعرض للإقرار) فى بعض النسخ للإنكار بدل قوله للإقرار ، وكأنه أشار به إلى الفرق بين هذه وما بعدها (قوله ولو صالح الوكيل عن الموكل على عين الخ) أى والصورة أنه قائل إن المدعى عليه مقرّ فهو مفهوم قوله فيما مر أو على عين للمدعى عليه أو على دين فى ذمة المدعى عليه (قوله وبالقيمة إن كان متقوما) .انظر لما لايرجع بالمثل الصورى حيث كان قرضا (قوله ولو كان المدعى دينا) محترز قوله فيما مر ثم إن كان المدعى عينا

هو بالمجاهيل أشبه (ولو صالح) الأجنبي عن العين (لنفسه) بعين ماله أو بدين فى ذمته والحالة هذه) أى أن الأجنبي قائل بأنه مقر لك بالمدعى أو نحو ذلك (صح) الصلح للأجنبي وإن لم يجز معه خصومة لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب خلافا لما قاله الجوينى من أنه يأتى فيه الخلاف فيما لو قال من غير سبق خصومة صالحنى (وكأنه اشتراه) بلفظ الشراء كما قاله الشارح رادا به على من اعترض على المصنف بأنه كيف يقول وكأنه اشتراه مع أنه شراء حقيقة فلا معنى للتشبيه ، وفى عبارة المصنف إشارة إلى اشتراط كونه بيد المدعى عليه بوديعة أو عارية أو نحوهما مما يجوز بيعه معه ، فلو كان مبيعا قبل القبض لم يصح (وإن كان) المدعى عليه (منكرا وقال الأجنبي : هو مبطل فى إنكاره) لأنك صادق عندى فصالحنى لنفسى ، فإن كان المدعى به عينا فهو شراء مغصوب فيفرق بين قدرته على انتزاعه فيصح (وعدمها) فلا يصح ويكفى للصحة قوله أنا قادر على انتزاعه وإن كان المدعى به دينا ففيه الخلاف المار (وإن لم يقل هو مبطل) مع قوله وهو منكر وصالح لنفسه و للمدعى عليه (لغا الصلح) لأنه اشترى منه ما يثبت ملكه له ، وكلامه شامل لما لو قال هو محق أو لا أعلم حاله أو سكت ، وهذه الأخيرة لم يصرح بها فى الروضة ، والأمر فيها كما قاله السبكى ما أفهمه إطلاق الكتاب ، ولو وقف مكانا وأقر به لمدع له غرم له قيمته لحيلولته بينه وبينه بوقفه ، ولو صالح متلف العين مالكها فإن كان بأكثر من قيمتها من جنسها أو بمؤجل لم يصح الصلح لأن الواجب قيمة المتلف حالة فلم يصح على أكثر منها ولا على مؤجل لما فيه من الربا وإن كان بأقل من قيمتها أو بأكثر بغير جنسها جاز لانتفاء المانع ، ولو أقر بمجمل ثم صالح عنه صح إن عرفاه وإن لم يسمه أحد منهما ، ولو وكل المنكر فى الصلح عنه أجنبيا جاز كما جرى عليه ابن المقرى ، وإنكار حق الغير حرام فلو بذل للمنكر مالا ليقر ففعل لم يصح الصلح بل يحرم بذله وأخذه لذلك ولا يكون به مقرا كما جزم به ابن

الأجنبي قرضا ، ومثل ذلك لو صدر من المالك نفسه بثوبه كان صحيحا ولم ينظر لكون الدين كان مجهولا (قوله معه) أى مع كونه تحت يد الغير بخلاف نحو المبيع قبل القبض (قوله فلو كان مبيعا) أى للمدعى ، وعبارة سم على حج : المراد أن المدعى عليه باعه للمدعى ولم يقبضه له فلا يصح شراؤه من المدعى حينئذ (قوله ويكفى للصحة قوله الخ) أى مالم يكذبه الحس فيما يظهر حج (قوله ففيه الخلاف المار) قضيته ترجيح الصحة لما مر أن المعتمد صحة بيع الدين لغير من هو عليه ، لكن يشكل حينئذ بأن محل الصحة حيث كان من عليه الدين مقرا ، وهو هنا منكر إلا أن يقال : نزلوا قول المشترى إنه مبطل منزلة إقرار من عليه الدين لمباشرته العقد (قوله ما أفهمه إطلاق الكتاب) أى من إبقاء الصلح (قوله بوقفه) أى ويحكم بصحة الوقف ظاهرا ، وأما فى نفس الأمر فالمدار على الصدق وعدمه (قوله ولو وكل المنكر)يتأمل مغايرة هذه لقول المتن فيما سبق فإن قال وكلنى الخ ، إلا أن يقال إن التوكيل فيما سبق بعد إقراره له باطنا وما هنا قبله ثم يقع الإقرار بعد التوكيل (قوله حرام) أى بل هو كبيرة (قوله لم يصح) وقياس ماذكر أنه لو دفع له مالا ليبرئه مما له عليه أو على غيره من الحق لم يصح البذل ولا الأخذ ، وأنه

(قوله هو بالمجاهيل أشبه) أى وهو غير مجهول فلا يلائم قوله فإن فيه جهالة أىّ جهالة (قوله لأنك صادق عندى) عبارة التحفة وأنت الصادق (قوله مالم يثبت ملكه له) هو بضم الياء التحتية وكسر الباء الموحدة ، وعبارة التحفة : لأنه اشترى منه مالم يعترف له بأنه ملكه (قوله بغير جنسها) قيد فى مسئلة الأكثر (قوله جاز كما جرى عليه ابن المقرى أى حل التوكيل وقيل لا يحل .

مج وغيره ورجحه صاحب الأنوار لأنه إقرار بشرط ، قال فى الخادم : ينبغى التفصيل بين أن يعتقد فساد الصلح فيصح أو يجهله فلا كما فى نظائره من المنشآت على العقود الفاسدة .

(فصل) فى التزاحم على الحقوق المشتركة

(الطريق النافذ) بمعجمة ، ويعبر عنه بالشارع ، وبينه وبين الطريق عموم مطلق لأن الطريق عام فى الصحارى والبنيان والنافذ وغيره ، والشارع خاص بالبنيان وبالنافذ . وقول الجوجرى بينهما عموم من وجه لاجتماعهما فى نافذ فى البنيان وانفراد الشارع فى نافذ فى البنيان والطريق فى نافذ فى الصحراء أو غير نافذ فى البنيان غير صحيح ، إذ الصورة التى ذكرها لاجتماعهما (لايتصرف فيه) بالبناء للمفعول (بما يضر) بفتح أوله ، فإن ضم عدى بالباء (المارة) فى مرورهم فيه لأن الحق فيه لعامة المسلمين ، وتعبيره بذلك أولى من قول أصله بما يبطل المرور لأن كل ما أبطل ضر بخلاف العكس فعبارة المصنف أعم كما فى الدقائق (و) على هذا (لايشرع) أى يخرج (فيه جناح) أى روشن (ولا ساباط) أى سقيفة على حائطين والطريق بينهما (يضرهم) أى كل من الجناح والساباط (بل) للانتقال إلى بيان مفهوم يضرهم (يشترط ارتفاعه) أى كل منهما (بحيث يمر تحته) الماشى (منتصبا) من غير احتياج إلى مطاطاة رأسه ، إذ مايمنع من ذلك إضرار حقيقى ، ويشترط مع هذا أن يكون على رأسه الحمولة العالية

يأتى فى الإبراء المترتب على ذلك ماذكر من التفصيل هنا وهو أنه إن علم فساد الشرط ثم أبرأ صح الإبراء وإلا بطل ، فتنبه له فإنه يقع كثيرا (قوله على العقود) المراد من العقود المترتبة على العقود الفاسدة .

(فصل) فى التزاحم على الحقوق

(قوله فى التزاحم) أى وما يتبعها كما لو صالحه على إجراء ماء الغسالة الخ (قوله لاجتماعهما) خبر قوله إذ الصورة ، والمراد أن الصورة التى ذكرها هى صورة اجتماعهما فجعلها للانفراد تارة والاجتماع أخرى غير صحيح (قوله المارة) أى جنسهم وسيعلم ماهنا وفى الجنايات أن الضرر المنفى مالا يصبر عليه مما لايعتاد لا مطلقا اهـ حج ، وكتب عليه سم : يفهم منه أنه لا اعتبار بما لايصبر عليه مما اعتيد فليراجع اهـ . أقول : والظاهر أنه غير مراد فيضر لأن عدم الصبر عليه عادة يدل على أن المشقة فيه قويه (قوله وعلى هذا الخ) أشار به إلى أنه كان الأولى للمصنف أن يعبر بالفاء لأنه تفريع على ماقبله، ويمكن أن يجاب بأنه لما كان ما ذكره ليس مستفادا بتمامه من عبارته لم يفرعه (قوله أى روشن) والمراد به هنا ما يبنيه صاحب الجدار فى الشارع ولا يصل به إلى الجدار المقابل له سواء كان من خشب أو حجر (قوله أى كل من الجناح الخ) دفع به مايقال كان الأولى للمصنف أن يقول يضرانهم (قوله من ذلك) أى من الانتصاب من غير مطاطاة (قوله الحمولة) بضم الحاء: أى الأحمال ، وعبارة المختار : الحمولة

(فصل) فى التزاحم على الحقوق

(قوله ويعبر عنه بالشارع) هذا لايلائم إطلاقه ما سيأتى بعده من اختصاصه بالبنيان بخلاف الطريق (قوله إذ الصورة التى ذكرها) يعنى لانفراد الشارع إذ هى عين ما قبلها ، بل وقوله والطريق فى نافذ فى الصحراء قاصر أيضا ، إذ ينفرد الطريق بكونه فى الصحراء نافذا أو غير نافذ ، وفى نسخة شطب على قوله فى البنيان من صورة الاجتماع ، ولابد منه وإلا لكانت متحدة مع مابعدها فلتراجع عبارة الجوجرى .

كما قاله الماوردى ، وأن لايظلم الموضع كما اقتضاه كلام الشافعى وأكثر الأصحاب . نعم لا اعتبار بإظلام خفيف (وإن كان ممر الفرسان والقوافل فليرفعه بحيث يمر تحته المحمل) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية (على البعير مع أخشاب المظلة) بكسر الميم فوق المحمل ، لأن ذلك قد يتفق وإن كان نادرا ، وحيث امتنع الإخراج هدمه الحاكم لا كل أحد كما رجحه فى المطلب لما فيه من توقع الفتنة . نعم لكل أحد مطالبته بإزالته لأنه من إزالة المنكر ، قاله سليم. والأصل فى ذلك ماصح « أنه صلى الله عليه وسلم نصب بيده ميزابا فى دار عمه العباس إلى الطريق وكان شارعا لمسجده صلى الله عليه وسلم » وقيس به الجناح ونحوه ، ولإطباق الناس على فعل ذلك من غير إنكار . ومحل جواز ذلك فى حق المسلم وإن لم يأذن له الإمام ، أما الذمى فيمنع من ذلك وإن جاز له الاستطراق لأنه كإعلاء بنائه على بناء المسلم أو أبلغ ، ويؤخذ منه أنه لايمنع من الإشراع فى محالهم وشوارعهم المختصة بهم فى دار المسلمين كما فى رفع البناء ، قاله ابن الرفعة بحثا ، وأفتى أبو زرعة بمنعه من البزوز فى البحر ببنائه على المسلمين قياسا على ذلك ، ولا يجوز الإشراع فى هواء المسجد ، وألحق به الأذرعى ماقرب منه كمدرسة ورباط وتردد فى هواء المقبرة هل

بالضم الأحمال . وأما الحمول بالضم بلا هاء فهى الإبل التى عليها الهوادج كان نساء أو لم يكن (قوله وأن لايظلم الموضع) هوفاعل يظلم : يقال أظلم القوم إذا دخلوا فى الظلام (قوله بحيث يمر تحته الخ) أى فلو لم يكن ممر الفرسان والقوافل وأخرج الروشن والساباط ثم عرض ذلك فهل يكلف رفعه أولا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول قياسا على مالو أشرع إلى ملكه ثم سبل ماتحت جناحه شارعا الآتى (قوله وكسر الثانية) أى وبالعكس أيضا كما فى شرح البهجة الكبير (قوله لا كل أحد) أى فلو خالف وهدم عزّر فقط ولا ضمان فيما يظهر لأنه مستحق الإزالة ، فأشبه المهدر كالزانى المحصن إذا قتله غير الإمام فإنه يعزّر لافتياته على الإمام ولا ضمان عليه (قوله ولإطباق الناس) الأولى وإطباق بالرفع عطفا على ماصح (قوله ومحل جواز ذلك) أى الإشراع بلا ضرر (قوله وإن جاز له الاستطراق) قال حج : وكذا حفر بئر حشه ، وكتب عليه سم قال فى شرح العباب : أى فيمتنع فى دورهم التى بين دورنا فقط اهـ . وقضية ذلك امتناع ذلك فى دورهم ، وإن لم يصل الحش إلى الشارع ولا تولد منه شىء إليه فانظر ماوجهه حينئذ فإنهم إنما تصرفوا فى خالص ملكهم على وجه لايضرّ بالمسلمين ، ولو قيل بامتناع ذلك حيث امتد أسفل الحش إلى الشارع أو تولد منه مايضرّ بالشارع لم يبعد (قوله أو أبلغ) بقى مالو بناه المسلم فى ملكه قاصدا به أن يسكن فيه الذمى هل يجوز ذلك لأنه قد لايسكنه الذمى أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب جواز البناء ومنع إسكان الذمى فيه على تلك الحالة (قوله قاله ابن الرفعة) هو معتمد ، وأفتى أبو زرعة بمنعه : أى الذمى وإن لم يضر مايمر تحته بوجه بل وقضيته امتناع ذلك وإن لم يكن ممرا للسفن أصلا ومفهومه جوازه للمسلم حيث لم يضرّ بالسفن التى تمر تحته ، ويمكن تصوير ذلك بأن يكون البناء الذى أخرج فيه الروشن سابقا على النهر فلا يقال صرّحوا بامتناع البناء فى حريم النهر فكيف هذا مع ذاك (قوله ولا يجوز الإشراع) أى لأحد لا مسلم ولا غيره وإن أمن الضرر بكل وجه ، ولعل الفرق بين الشارع وغيره أن الانتفاع بالشارع لايتقيد بنوع مخصوص من الانتفاعات بل لكل أحد الانتفاع بأرضه بسائر وجوه الانتفاعات التى لاتضر ولا يختص بشخص دون آخر بل يشترك فيه المسلم والذمى وغيرهما ، فجاز الانتفاع بهوائه تبعا للتوسع فى عموم الانتفاع به ، ولا كذلك المسجد وما ألحق به فإن الانتفاع بهما بنوع مخصوص من الانتفاعات كالصلاة ولطائفة من الناس كالمسلمين أو من وقفت عليهم المدرسة كالشافعية مثلا فكانا شبيهين بالأملاك ، وهى لايجوز الإشراع فيها لغير أهلها إلا برضاهم ، والرضا من أهلها هنا متعذر فتعذر الإشراع (قوله وألحق به) أى المسجد (قوله ماقرب) أى فى الاحترام (قوله كمدرسة) أى وكحريم المسجد وفسقيته ودهليزه الموقوف عليه للمرور فيه الذى ليس بمسجد كما شمله قول حج وكالمسجد

يجوز الإشراع فيه أو يفرق بين كونها مسبلة أو فى موات . والأقرب أن ماحرم البناء فيها بأن كانت موقوفة أو اعتاد أهل البلد الدفن فيها يحرم الإشراع فى هوائها بخلاف غيرها ، ولو أحوج الإشراع إلى وضع رمح الراكب على كتفه بحيث لايتأتى نصبه لم يضرّ لأن وضعه على كتفه ليس بعسير ، ولو أشرع إلى ملكه ثم سبل ماتحت جناحه شارعا وهو يضرّ بالمارة أمر برفعه على مابحثه الزركشى ، ولا يضرّ أيضا ضرر يحتمل عادة كعجن طين إذا بقى مقدار المرور للناس وإلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تركت بقدر مدة نقلها وربط الدواب فيه بقدر حاجة النزول والركوب ، ويؤخذ من ذلك منع ماجرت به عادة العلاّفين من ربط الدوابّ فى الشوارع للكراء فلا يجوز ، وعلى

فيما ذكر كل موقوف على جهة عامة كرباط وبئر ، أما ماوقف على معين فلا بد من إذنه لكن يتجدد المنع لمن استحق بعده، وظاهره أن لمن استحق ذلك الرجوع من غير أرش نقص ، وعليه فلعل الفرق بينه وبين مالو أذنوا ثم رجعوا وطلبوا الهدم حيث غرموا أرش النقص أنهم بالإذن ورطوه ، فإذا رجعوا ضمنوا مافوّتوه عليه ، ولا كذلك البطن الثانى فإنهم لم يأذنوا وإذن من قبلهم لم يسر عليهم ، والأقرب أنه ليس له قلعه مجانا إن كان الانتفاع برؤوس الجدران أو نحوها مما لايكون الانتفاع فيه بمحض هواء الشارع لكونه وضع بحق فيتعين تبقيته بالأجرة ، ولا يجوز قلعه وغرامة الأرش إن كان من غلة الوقف (قوله فى هوائها) ظاهره وإن لم يضر وهو ظاهر فيمتنع مطلقا (قوله ليس بعسير) بقى مالو أشرع إلى ملك جاره بإذنه ثم وقف الجار داره أو أشرعه إلى ملكه ثم وقفه مسجدا هل يبقى أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه بوقفه مسجدا صار له حرمة وشرف فيكلف رفعه عن هواء المسجد وإن لم يضر كما يمتنع إشراعه إليه ابتداء ، وينبغى أن يكون مثل ذلك مالو كان له دارا ، ثم قال : وقفت الأرض دون البناء مسجدا ، فيكلف إزالة البناء أخذا من كلام الزركشى فتقييده بالضرر لأن الكلام فى الشارع . وبقى ما لو وقف الأعلى دون الأسفل فهل يحرم الإشراع إلا الأعلى دون الأسفل أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول (قوله ماتحت جناحه) أى فلو وقف الجناح أيضا على جهة عامة تعلق النظر فيه بالإمام فيفعل مافيه المصلحة (قوله أمر برفعه) أى حيث لم يضرّ بالمارة (قوله على مابحثه الزركشى) قد يؤخذ منه أنه لو أخرج الجناح إلى شارع على وجه لايضرّ ثم ارتفعت الأرض تحته أنه يلزمه رفعه حيث صار مضرا بهم أو حفر الأرض بحيث ينتفى الضرر الحاصل به ، ويؤيده ماذكره الشارح فى الجنايات من أنه لو بقى جداره مستقيما ثم مال فإنه يطالب بهدمه أو إصلاحه مع أنه وضعه فى الأصل بحق ، ولاتشكل مطالبته بهدمه بأنه لو انهدم بنفسه فأتلف شيئا لايضمنه معللين له بأنه وضع بحق . لأنا نقول : لايلزم من عدم الضمان عدم المطالبة لأن المطالبة لدفع الضرر المتوقع ، وقد يؤخذ منه أيضا أنه لو لم يكن ممرّ الفرسان والقوافل ثم صار كذلك كلف رفعه ، لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة (قوله وإلقاء الحجارة) أى حيث أبقى للمارة قدر المرور أخذا مما قبله (قوله والركوب) أى ومع

(قوله إذا تركت بقدر مدة نقلها) انظر هل المراد نقلها بالتدريج للعمارة أو نقلها لمحل آخر ، ثم ظاهر السياق أن له وضع الحجارة وإن لم يبق محلا للمرور ، ووجهه أن مدته لاتطول ، ويمكن المشى من فوقه ، ثم رأيت عبارة العباب ونصها : ولا أثر لضرر معتاد كعجن طين وإلقاء حجارة فى الشارع للعمارة إن لم يعطل المرور انتهت . قال فى تصحيحه : قوله إن لم يعطل المرور ليس بقيد ، بل الشرط أن لايضر ضررا لايحتمل عادة اهـ : أى بأن يبقى فى مسئلة الطين طريقا لايضر المرور فيها ضررا لايحتمل . وبأن لاتكثر الحجارة بحيث يشق المرور من فوقها مثلا فليحرر (قوله بقدر حاجة النزول والركوب) قد يخرج ربط الدواب ليقضى نحو حاجة ويعود وربط حمار

ولى ّ الأمر منعهم لما فى ذلك من مزيد الضرر والرش ّ الخفيف ، بخلاف إلقاء القمامات والتراب والحجارة والحفر التى بوجه الأرض والرش ّ المفرط فإنه لايجوز كما صرح به المصنف فى دقائقه ، ومثله إرسال الماء من الميازيب إلى الطرق الضيقة . قال الزركشى : وكذا إلقاء النجاسة فيه بل هو كالتخلى فيه فيكون صغيرة اهـ . وكونه صغيرة ضعيف كما مرّ فعليه إن كثرت كانت كالقمامات وإلا فلا . وأفتى القاضى بكراهة ضرب اللبن وبيعه من ترابه إذا لم يضر بالمارة ، لكن قضية قول العبادى يحرم أخذ تراب سور البلد يقتضى حرمة أخذ تراب الشارع إلا أن يفرق بأن من شأن أخذ تراب السور أنه يضر فحرم مطلقا ، بخلاف تراب الشارع ففصل فيه بين المضرّ وغيره . ولو انهدم جناحه فسبقه جاره إلى بناء جناح بمحاذاته جاز وإن تعذر معه إعادة الأول أو لم يعرض صاحبه ، كما لو انتقل الواقف

جواز ذلك فالأقرب أنه يضمن ما تلف به لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة ، ولا فرق فى ذلك بين البصير وغيره (قوله والرش ّ) أى ولا يضر الرش ّ الخ ويصح عطفه على قوله كعجن طين الخ (قوله بخلاف إلقاء القمامات) أى وإن قلت (قوله فإنه لايجوز) أى لأنه مظنة لإضرار المارة (قوله من الميازيب) أى سواء كان الزمن شتاء أو صيفا (قوله وكذا إلقاء النجاسة فيه) ظاهره وإن قلت ، ولكن قضية قوله الآتى إن كثرت كانت كالقمامات خلافه ، هذا ويمكن الفرق بين النجاسة والتخلى بأن التخلى لما كان لإزالة الضرر عن نفسه قيل فيه بالكراهة فقط ، بخلاف إلقاء النجاسة والتراب فإنه يسهل التحرز عنه (قوله وكونه صغيرة ضعيف) أى بل هو مكروه فقط (قوله وأفتى القاضى بكراهة ضرب اللبن الخ) قال سم على منهج : سئل م ر عن طين البرك فقال : ينبغى المنع لأنه مقصود ، وهى إما مملوكة فيمتنع إلا بإذن المالك ، أو موقوفة فيمتنع إذ لا مصلحة ؛ فسئل عن طين الخليج فقال : ينبغى الجواز لأنه لا يضرّ اهـ . ويظهر أنه حيث تعلق غرض أصحاب البرك بإزالة طينها جاز كما لو ردمها الطين . وسئل عن الأخصاص والبناء فى حريم النهر لوضع نحو الفخار والحب ونحو ذلك هل يلزم من فعلها الأجرة ؟ يظهر ووافق عليه م ر لزوم الأجرة وأنها لمصالح المسلمين كما فى نحو عرفة اهـ . وعليه فيفرق بين هذا وبين مقاعد الأسواق حيث قيل بامتناع أخذ الأجرة منهم لأرباب بيت المال حتى بولغ فى ذم آخذ الأجرة منهم بأنه بأىّ وجه يلقى الله مع أخذه للأجرة منهم بأن مقاعد الأسواق لو فرض احتياج الناس لهم فى أى وقت منعوا الجالسين بالمقاعد منها فكان منفعة الشارع فى أيدى الجالسين لم تزل عنهم ، بخلاف البانى فى حريم النهر فإنه مستول على محل الانتفاع المبنى فيه آمن من نقض أحد عليه مدة غيبة البحر (قوله ففصل فيه الخ) معتمد (قوله ولو انهدم جناحه) أى ولو بهدم جاره ، والمراد به الذى أخرجه فى الشارع كما هو الفرض فلا ينافى ما يأتى فى قوله نعم لو بنى دارا بموات الخ .

[فائدة] نقل الغزى عن الكافى أنه لايشترط فى الجناح المخرج قدر ويشترط فى الميزاب أن لا يجاوز نصف السكة ، وجهه الغزى بأن الجناح قد لايحتاج إليه وبفرضه هو نادر ، بخلاف الميزاب فإن كلا من المتجاورين يحتاج إليه لإخراج الماء ، فمجاوزة أحد الجارين بميزابه لنصف السكة مبطل لحق الآخر ، ونظر فيه حج وقال

البقاء ونحوه . والظاهر أنه غير مراد ولعل ّ المراد الحوائج المتعلقة بالركوب والنزول كنقل الأمتعة عن الدابة أو نقلها لوضعها عليها ، ويدل عليه ذكر الربط فليراجع (قوله إرسال الماء) أى ماء الغسالات ونحوها كما هو ظاهر العبارة (قوله وكونه صغيرة) يعنى التخلى (قوله تراب سور البلد) لعل المراد التراب الذى يوضع فى السور كالذى يوضع بين السورين لشدّة المنعة ، أو أن التراب كوم وجعل سورا كما فى بلاد الأرياف فليراجع

أو القاعد فى الشارع لا للمعاملة فإنه يبطل حقه بمجرد انتقاله . وإنما اعتبر الإعراض فى الجالس فيه للمعاملة لأنها لا تدوم . بل الانتقال عنها ثم العود إليها ضرورى . فاعتبر الإعراض بخلاف ماهنا فاعتبر الانهدام . وأيضا فالارتفاق بالقعود للمعاملة اختصاص بالأرض التى من شأنها أن تملك بالإحياء قصدا فقوى الحق فيها فثبت استحقاقه مادام مقبلا عليه ، والاختصاص بالهواء اختصاص بما لايقبل الملك إلا تبعا . ولا شىء يقتضى التبعية فضعف الحق فيه فلذلك زال بزواله ، فاندفع ما للأسنوى تبعا للرافعى من الاعتراضات هنا . نعم لو بنى دارا بموات وأخرج لها جناحا ، ثم بنى آخر دارا تحاذيه واستمر الشارع لم يزل حق الأوّل بانهدام جناحه لسبق حقه بالإحياء ، وله إخراج جناح تحت جناح جاره وفوقه مالم يضرّ بالمار عليه ومقابله مالم يبطل انتفاعه به . والطريق ماجعل عند إحياء البلد أو قبله طريقا أو وقفه المالك ولا يحتاج فى غير ملكه إلى لفظ . وبنيات الطريق التى تعرفها الخواص ويسلكونها لاتصير طريقا بذلك ويجوز إحياؤها كما رجحه القمولى لأن أكثر الموات لايخلو عن ذلك . وحيث وجد طريقا عمل فيه بالظاهر من غير نظر إلى أصله ، وتقدير الطريق إلى خيرة من أراد أن يسلبه من ملكه ، والأفضل توسيعه وعند الإحياء إلى ما اتفق عليه المحيون ، فإن تنازعوا جعل سبعة أذرع كما رجحه المصنف لخبر

فالوجه جواز إخراجه مالم يترتب عليه ضرر لمال الجار سواء أجاوز النصف أم لا انتهى . ومثل سم فى حاشيته عليه الضرر بأن يصيب ماؤه جدار الغير بحيث يعيبه أو يتلفه انتهى (قوله لا للمعاملة) تنازعه الواقف والقاعد . والمعنى أن من وقف أو قعد فى الشارع لغير المعاملة ثم انتقل بطل حقه بخلاف من فعل ذلك للمعاملة (قوله نعم لو بنى دارا) شمل المستثنى منه مالو أخرج بعض أهل الشوارع الموجودة الآن جناحا ثم انهدم فلمقابله إخراج جناح إلى الشارع وإن منع الأول من إعادة جناحه . لأنا لانعلم سبق إحياء الأوّل بل يجوز أن الثانى هو السابق بالإحياء أو أنهما أحييا معا (قوله مالم يضر بالمارّ) أى المجاوز له بأن مرّ تحت الجناح الأسفل فإنه الذى يتأتى الضرر بالنسبة له ، بخلاف مالو أخرج فوق الجناح الأسفل فإنه لايتأتى إضرار المارّ تحته . نعم لو زاد فى عرضه على الجناح الأسفل أمكن الإضرار به لحصول ظلمة بسببه لم تكن حاصلة بالأسفل (قوله مالم يبطل انتفاعه) قيد فى الثلاثة كما يؤخذ من كلام حج . ومحله مالم يحصل له ضرر لايحتمل مثله عادة (قوله ومقابله مالم يبطل) قيد فى الثلاثة كما يؤخذ من حج ، وقوله انتفاعه به : أى أو يحصل ضرر لايحتمل عادة ، وانظر صورة منع الانتفاع به أو إدخال الضرر على جاره فى هذه الحالة فإن غايته أن يمد الجناح حتى يلتصق بجناح جاره وأى ضرر يلحقه بذلك فليتأمل (قوله ماجعل عند الخ) أى بأن ترك على هيئة الطريق أو اعتاد الناس المرور فيه قبل الإحياء (قوله وبنيات الطريق) بالباء الموحدة حج : أى وبضمها وفتح النون وبالياء التحتية المثناة (قوله ويجوز) الأولى التفريع (قوله وحيث وجد) أى المار (قوله عمل فيه بالظاهر) أى من حيث كونه شارعا من غير نظر إلى أنه كان مواتا أو ملكا أو غيرهما ، ومن الظاهر أنهم فعلوه كذلك ، وإن كان ضيقا فلا يهدم ما جاوره من البناء ، ومثله الشوارع الموجودة بمصرنا فلا تغير عما هى عليه وإن تضرر بذلك المارة لضيقها لجواز أنها اتخذت ممرا بعد البناء (قوله أن يسبله) أى وإن قل حيث أمكن الانتفاع به ولو بمشقة فى المرور منه ، فإن لم يمكن الانتفاع به أصلا بأن قل جدا لغا التسبيل وبقى على ملك صاحبه (قوله إلى ما اتفق عليه المحيون) ظاهره وإن قل (قوله جعل سبعة أذرع)

(قوله إلا تبعا) أى كهواء ملكه إلى السماء (قوله مالم يضرّ بالمار عليه) أى على جناح جاره

الصحيحين بذلك وأعترضه جمع بأن المذهب اعتبار قدر الحاجة والخبر محمول عليه ولا يغير عما هو عليه ، ولو زاد على السبعة على قدر الحاجة فلا يجوز الاستيلاء على شيء منه وإن قل . ويجوز إحياء ماحوله من الموات بحيث لايضر بالمارة (ويحرم الصلح على إشراع الجناح) أو نحوه من ساباط بعوض وإن كان الإمام لأن الهواء لايفرد بعقد وإنما يتبع القرار كالحمل مع الأم ، ولأنه إن ضر امتنع فعله وإلا استحقه مخرجه وما يستحقه الإنسان فى الطريق لايجوز أخذ عوض عنه كالمرور (و) يحرم (أن يبنى فى الطريق دكة) بفتح الدال : أى مسطبة أو غيرها (أو يغرس فيه شجرة) وإن اتسع وأذن الإمام وانتفى الضرر لمنعها الطروق فيه وقد تزدحم المارة فيه فيصطكون إليها ، ولأنه إذا طالت المدة أشبه موضعهما الأملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق بخلاف الأجنحة ونحوها ، وفارق حل الغرس بالمسجد مع الكراهة بأنه لعموم المسلمين إذ لايمنعون من أكل ثمره . فإن غرس ليصرف ريعه للمسجد فالمصلحة عامة أيضا بخلاف ماهنا . وقضيته جواز مثل ذلك هنا حيث لاضرر إلا أن يقال توقع الضرر فى الشارع أكثر فامتنع مطلقا وهو الأقرب إلى كلامهم ، ولا يشكل على التعليل الثانى جواز فتح الباب إلى درب منسد إذا سمره كما يأتى لأن الحق ثم لخاص والخاص قائم على ملكه وحافظ له ، بخلاف الشارع فانقطاع الحق فيه

أى وجوبا (قوله ولا يغير) أى الطريق (قوله ولو زاد على السبعة) غاية لقوله اعتبار قدر الحاجة . والمراد أن قدر الحاجة إذا زاد على السبعة لايغير (قوله ويحرم أن يبنى) يريد أن يبنى عطف على الصلح لا على معموله لأنه حينئذ لايفيد حرمة البناء عميرة (قوله دكة) ومن ذلك المساطب التى تفعل فى اتجاه الصهاريج فى شوارع مصرنا فتنبه له . قال حج : قال بعضهم : ومثلها ما يجعل بالجدار المسمى بالكبش إلا إن اضطر إليه لخلل بنائه ولم يضر المارة لأن المشقة تجلب التيسير اه . أقول : هذا يتعين تصويره بما يسمى الآن دعامة ويكون متصلا بالجدار من أسفله مثلا ، وحمله على الكبش المعروف الآن بعيد جدا لأنه لو كان مرادا له لم يلحقه بالدكة ، ولم يشترط لوجود إخراجه وجود خلل ببناء المخرج إذ هو حينئذ من أفراد الجناح . قال سم على منهج : فرع : الظاهر أن الميزاب يلحق بالباب فى جواز الصلح بمال لأن صاحبه ينتفع بالقرار اه سم على منهج (قوله أو يغرس فيه شجرة) ع بحث الزركشى منع الذمى من الغرس فى الشارع قطعا ولا يجرى فيه خلاف المسلم اه سم على منهج (قوله فيصطكون) أى يلتجئون إليها (قوله وفارق) أى ماذكر من حرمة بناء الدكة والغرس فى الطريق . وظاهر الاقتصار على الفرق بين ماذكر والغرس فى المسجد امتناع الدكة فى المسجد وإن قصد بها عموم المسجد (قوله بأنه لعموم المسلمين) أى بأن يقصدوا به ابتداء أو يطلق فيحمل عليهم ، فلو قصد نفسه بالغرس كان متعديا فيقلع مجانا وتلزمه أجرته مدة الغرس لمصالح المسجد كما لو وضع فيه ما لايجوز وضعه فيه ، وكالمسجد فى ذلك ما هو فى توابعه كفسقيته وحريمه ، ومعلوم أن ذلك حيث علم ماذكر ، فإن لم يعلم كأن وجدنا شجرا فيه ولم نعرف ماقصده به واضعه حمل على أنه لعموم المسلمين فينتفعون بثمره ، وينبغى أن ماجرت العادة بقطعه من الشجر أو من ثماره التى تبقى بعد أكل الناس تكون لمصالح المسجد (قوله فالمصلحة عامة) أى لعموم المسلمين إن كان المسجد عاما أو لبعضهم إن كان خاصا بطائفة معينة كالشافعية (قوله جواز مثل ذلك) أى غرسها لعموم المسلمين (قوله فامتنع) أى الغرس فى الشارع (قوله مطلقا) أى اتسع أولا وظاهره امتناع ذلك وإن حصل بفعل ذلك إنتفاع للمارة كاستظلالهم به (قوله وهو الأقرب) معتمد (قوله ولا يشكل على التعليل الثانى) هو قوله ولأنه إذا طالت المدة الخ (قوله بخلاف الشارع) وقد يؤخذ من هذا الفرق جواز حادثة وقع السؤال عنها ، وهو أن إنسانا استأجر جملة من الدكاكين مدة طويلة بجوار الشارع ثم هدمها وأعاد بناءها على الوجه الذى أراده وترك قطعة من الأرض

عند طول المدة أقرب ، وقضية كلامهم أو صريحة منع أحداث الدكة وإن كان بفناء داره ، وبه جزم ابن الرفعة وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، وإن بحث السبكى جوازه عند انتفاء الضرر وقال لأنه فى حريم ملكه ولإطباق الناس عليه من غير إنكار فقد رده الأذرعى وقال إنه بعيد من كلامهم ويؤدى إلى تملك الطرق المباحة ، وبأن البندنيجى صرّح بمنع بناء الدكة على باب الدار وبأن البقعة المنحرفة عن سنن الطريق قد تفزع إليها المارة فتضيق عليهم ، ولا ينافى ما تقرر فى نحو الدكة نقل المصنف كالرافعى فى الجنايات عن الأكثرين أن للامام مدخلا فى إقطاع الشوارع وأنه يجوز للمقطع أن يبنى فيه ويتملكه لأنه على تقدير اعتماده وإلا فكلامهما هنا مصرح بخلافه محمول على مازاد من الشارع على الموضع المحتاج إليه للطروق بحيث لايتوقع الاحتياج إليه بوجه ولو على الندور فحينئذ للإمام الاقطاع وللمقطع بناء ما أراد (وقيل إن لم يضر) ذلك المار (جاز) كاشراع الجناح وفرق الأوّل بما مر (و) الطريق (غير النافذ يحرم الإشراع) إليه بجناح أو نحوه (لغير أهله) بلا خلاف وإن لم يضر بغير رضاهم لأنه ملكهم فأشبه الإشراع إلى الدور (وكذا) يحرم الإشراع (لبعض أهله فى الأصح) كسائر الأملاك المشتركة تضرروا بذلك أم لا (إلا برضا الباقين) فيجوز وإن أضر وأجمل أهله هنا للعلم به مما سيذكره أنه لايمنع إلا من بابه بعده أو مقابله كسائر الأملاك المشتركة والثانى يجوز بغير رضاهم إن لم يضر لأن كل واحد منهم يجوز

ليتسع بها الشارع فهل يحرم ذلك لأنه يفوّت مقصد الواقف بوقفه لأنه عند طول المدة يظن كونه من الشارع ؟ وحاصل الجواب أنه يؤخذ من هذا الفرق الجواز لأن أرباب الوقف كالمالكين للدرب فهم قائمون على حقوقهم ويتمكنون من إعادته كما كان بتقدير تغييرهم لهيئة البناء بعد انقضاء مدة الإجارة (قوله وقضية كلامهم الخ) معتمد (قوله منع إحداث الدكة) أى أما لو وجد لبعض الدور مساطب مبنية بفنائها أو سلم بالشارع يصعد منه إليها ولم يعلم هل حدث السلم قبل وجود الشارع أو بعده فإنه لايغير عما هو عليه لاحتمال أنه وضع فى الأصل بحق وأن الشارع حدث بعده ، ولو أعرض عنه صاحبه بأن ترك الصعود من السلم وهدمه بحيث لم يبق له أثر لم يسقط حقه بذلك وظاهره وإن جعل الدكة للصلاة مثلا ولا ضرر فيها بوجه . ثم رأيت فى حج الجواز فى هذه الحالة (قوله ويتملكه) صريح فى أن الإمام أقطعه للتملك لا للإرفاق . وعبارة سم على منهج : قال السبكى : ولا يجوز لوكلاء بيت المال بيع شىء من الشوارع وإن اتسعت وفضلت عن الحاجة لأنا لانعلم هل أصله وقف أو موات أحيى ، فليحذر ذلك وإن عمت به البلوى (قوله وإلا فكلامهما هنا مصرح بخلافه) أى وهو الامتناع مطلقا اتسع أولا وهذا هو الذى يظهر من كلام الشارح اعتماده لأنه جعل القول بالجواز محمولا على مازاد على الحاجة إن سلم أنه معتمد وهو يشعر بتمويه منه (قوله بما مر) من قوله لمنعها الطروق الخ (قوله إلا برضا الباقين) أى فلو وجد فى درب منسد أجنحة أو نحوها قديمة ولم يعلم كيفية وضعها حمل ذلك على أنها وضعت بحق فلا يجوز هدمها ولا التعرض لأهلها ، ولو انهدمت وأراد إعادتها فليس له ذلك إلا بإذنهم لانتهاء الحق الأوّل بانهدامها ، وينبغى أن محل ذلك إذا أراد إعادتها بآلة جديدة لا بآلتها القديمة أخذا مما قالوه فيما لو أذن له فى غرس شجرة فى ملكه فانقلعت فإن له إعادتها إن كانت حية وليس له غرس بدلها ، ويحتمل المنع للإعادة ولو بآلته القديمة لسقوط حقه . ويفرق بينه وبين بقاء الشجرة حية لأن بقاءها حية تستدعى إعادتها كمفارقة مقاعد

(قوله كسائر الأملاك المشتركة) تعليل للمتن

له الانتفاع بقراره فيجوز بهوائه ، وعلى الوجهين يحرم الصلح على إشراعه بمال لما مر ويعتبر إذن المكترى إن تضرر به وبه أفتى البغوى ، ويقاس به الموصى له بالمنفعة ونحوه ، ولو وصى بعضهم لبعض بذلك امتنع الرجوع عليهم كما صرح به الماوردى لأنه لا سبيل إلى قلعه مجانا لوضعه بحق ، ولا إلى قلعه مع غرم الأرش لأنه شريك وهو لايكلف ذلك ، ولا إلى بقائه بأجرة لأن الهواء لا أجرة له كما مر . وقضية ذلك أن الإخراج لو كان فيما لا حق للمخرج فيه بأن كان بين باب داره وصدر السكة كان لمن رضى الرجوع ليقلع ويغرم أرش النقص وهو كذلك ، ولو عبر المصنف بقوله إلا برضا المستحقين كان أولى ليعود الاستثناء للأولى أيضا وهى ما إذا كان المشرع من غير أهله ، ولئلا يتوهم اعتبار إذن من بابه أقرب إلى رأس السكة لمن بابه أبعد مع أنه وجه ، والأصح خلافه بناء على استحقاق كل إلى بابه لا إلى آخر الدرب كما يعلم من قوله الآتى (وأهله) أى الدرب غير النافذ (من نفذ باب داره إليه) قال الزركشى أخذا من كلام غيره : والمراد من له المرور فيه إلى ملكه من دار أو بئر أو فرن أو حانوت (لا من لاصقه جداره) من غير نفوذ باب فيه لأن أولئك هم المستحقون للانتفاع ، ولا يتوقف دخول بعضهم على إذن الباقين بل ولا يؤثر منعهم بخلافه فى العرصة المشتركة لأن التوقف على الإذن هنا يؤدى لتعطيل الأملاك بخلافه ثم قاله القاضى ، بل لغيرهم الدخول بلا إذن لأنه من الحلال المستفاد بقرينة الحال . والظاهر أخذا من كلام البلقينى وغيره جواز الدخول وإن كان فيهم محجور عليه وكذا الشرب من نهره وإن كان الورع خلافه ، ومن ذلك ماصرحوا به من جواز المرور بملك الغير ، لكن قيده العبادى بما إذا لم يصر به طريقا للناس وغيره

السوق لا للإعراض ولا مطلقا ولا كذلك الأجنحة فامتنعت مطلقا (قوله لما مر) أى من أن الهواء لايفرد بعقد الخ (قوله الموصى له بالمنفعة ونحوه) كالموقوف عليهم (قوله امتنع الرجوع عليهم) أى بعد الوضع كما يشعر به قوله لأنه الخ (قوله كما مر) ويظهر فى غير الشريك أن لهم الرجوع وعليهم أرش النقص أخذا مما يأتى فى العارية اه حج . والمراد أنهم إذا رجعوا فلهم تكليف واضع الجناح بإزالة ماهو من الجناح بهواء الشارع لا مابنى منه على جدار المالك ، فلا يقال فى تكليفهم البانى برفع الجناح إزالة لملكه وهو مابنى على الجدار عن ملكه وهو الجدار نفسه (قوله وقضية ذلك) أى ماذكر من أنه يمتنع قلعه مع غرم الأرش لأنه شريك الخ (قوله إلا برضا المستحقين) أى وهم من بابه أبعد من المشرع لا جميع أهل الدرب اه شيخنا زيادى (قوله والمراد) أى بقول المصنف من نفذ باب داره إليه (قوله ولا يتوقف دخول بعضهم) أى لما يعرض له كاستعارة شىء من الباقين أو دخوله لما يستحق الانتفاع به ، وهذا أوفق بقوله بعد لتعطل الأملاك الخ (قوله بلا إذن) أى بل وإن منعوه من ذلك (قوله جواز الدخول) أى لحاجة ومنها البيع لهم والشراء منهم (قوله من نهره) أى المختص بهم (قوله بملك الغير) ومنه مالو دعت ضرورة إلى المرور منه كما لو تعين طريقا للوصول إلى مزرعته أو نحوها فلا يجوز إلا إذا لم يضر بصاحب الملك ، ومثل الملك ماجرت العادة بزراعته من الأرض المضروب عليها الخراج ، فلو دعت الحاجة إلى المرور فى محل من تلك الأرض وترتب عليه ضرر على مستحق منفعتها لايجوز إلا بطريق مسوغ له كالاستئجار ممن له

(قوله يحرم الصلح على إشراعه بمال لما مر) أى من أن الهواء لايفرد بعقد (قوله امتنع الرجوع)أى بعد الإشراع (قوله كما يعلم من قوله الآتى) كان الأصوب أى يبدل لفظ قوله بلفظ كلامه ، أو يذكر المقول بأن يقول كما يعلم من قوله الآتى وهل الاستحقاق فى كلها لكلهم الخ

بما جرت به العادة بالمسامحة فيه ، ويمكن رد أحدهما للآخر ، ويكره إكثاره هنا وفى أرض استحق المرور فيها بلا حاجة . قال القاضى : وليس لغيرهم الجلوس فيه بغير إذنهم . قال غيره : وعليه فلا يجوز لهم أن يأذنوا فيه بأجرة كما ليس لهم بيعه مع أنه ملكهم ، وقول الماوردى هو تابع لملكهم وليس ملكهم ضعيف . اهـ وقد يفرق بأن البيع إنما امتنع لأن فيه اتلافا لأملاكهم بعدم ممر لها . وحينئذ فيقيد بما إذا لم يمكن اتخاذ ممر لها من جهة أخرى ، والإجارة ليس فيها ذلك ففى المنع منها نظر أىّ نظر ، على أن فى توقف مطلق الجلوس على إذنهم نظرا أيضا ، فالأوجه حمله على جلوس لايتسامح به عادة ، وأن مايتوقف على الإذن يجوز أن يكون بأجرة (وهل الاستحقاق فى كلها) أى الطريق المذكورة وهى تذكر وتؤنث فزعم أن هذا سهو هو السهو (لكلهم) أى لكل منهم فالكل هنا الكل الإفرادى لا المجموعى ، إذ لانزاع فيه لأنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بكله لطرح القمامات عند الإدخال والإخراج (أم تختص شركة كل واحد) منهم (بما بين رأس الدرب وباب داره وجهان أصحهما الثانى) لأن ذلك القدر هو محل تردده ومروره ، وما عداه هو فيه كالأجنبى من السكة ، ولأهل الدرب المذكور قسمة صحنه كسائر المشتركات القابلة للقسمة ، ولو أراد الأسفلون لا الأعلون سدّ مايليهم أو قسمته جاز لأنهم يتصرفون فى ملكهم بخلاف الأعلين ، ولو اتفقوا على سد رأس السكة لم يمنعوا منه ولم يفتحه بعضهم بغير رضا الباقين . نعم إن سدّ بآلة نفسه خاصة فله فتحه بغير رضاهم . ويؤخذ من كلام ابن المقرى ، وصرح به أصله أنه لو امتنع بعضهم من سدّه لم يكن للباقين السدّ . ولو وقف بعضهم داره مسجدا أو وجد ثم مسجد قديم شاركهم المسلمون فى المرور إليه فيمنعون من السدّ والقسمة . ولا يجوز الإشراع عند الضرر وإن رضى أهل السكة ، ويجوز

ولاية ذلك (قوله ويمكن رد أحدهما للآخر) أى بأن يقال مراد غير العبادى بما جرت العادة بالمسامحة فيه أن لايصير به طريقا ، وقد يقال لايتعين حمله على ذلك بل يمكن الاحتراز به عما لو لم تجر العادة به أصلا كالبيوت النافذة حيث لم تجر العادة بالدخول من أحد بابيها والخروج من الآخر فيمتنع وإن لم يصر به طريقا (قوله ويكره إكثاره) أى الدخول لأن ذلك قد يؤدى لإضرار غيره (قوله بلا حاجة) قضيته جواز أصل الدخول من غير كراهة بلا حاجة ، وقد يتوقف فى الجواز عند انتفاء الحاجة سيما إذا توهمت ريبة فى دخوله (قوله فلا يجوز لهم الخ) ضعيف (قوله وقد يفرق) أى بين الإجارة والبيع (قوله إذا لم يمكن اتخاذ ممر لها) أى أما إذا أمكن فيجوز كما لو باع دارا واستثنى لنفسه بيتا منها ونفى ممره فإنه يجوز إن أمكن إحداث ممرّ للبيت ، بخلاف مالو باع دارا لا ممرّ لها أصلا أو لها ونفاه فإنه باطل ، والفرق أنه يغتفر فى الدوام مالايغتفر فى الابتداء (قوله فزعم أن هذا) أى التأنيث (قوله ولو أراد الأسفلون) أى عن رأس الدرب (قوله سدّ مايليهم) أى حيث أمكنهم الاستطراق من غيره ولو بإحداث ممر مالو لم يمكن ذلك لكل واحد منهم بأن تعذر الاستطراق من غير ذلك الطريق على بعضهم امتنع كما لو باع داره واستثنى لنفسه بيتا منها ولم يمكنه إحداث ممرّ له (قوله لم يمنعوا منه) أى حيث أمكن كلا الاستطراق من غيره ولو بإحداث ممرّ (قوله أو وجد ثم مسجد قديم) أى على الإحياء يقينا اهـ حج . ومفهومه أنه إذا شك فى كونه قبل الإحياء أو بعده كان كالحادث الذى لم يرض أهله إحداثه فيتوقف بإخراج الجناح فيه على رضا أهل الدرب ، ويوجه بأن الأصل فى وضع اليد الملك وذلك يقتضى اشتراك أهل الدرب فيه فلا يتصرف فيه إلا برضا الجميع

(قوله بما جرت به العادة بالمسامحة فيه) أى لاكنحو المرور فى نحو داره إن كان لها بابان ، وعليه فلا يمكن رد هذا إلى ماقبله كعكسه خلافا لما ادعاه الشارح فليتأمل (قوله وليس لغيرهم) أى أهل الدرب

إشراع لايضر وإن لم يرض أهلها . أما إذا كان المسجد حادثا فإن رضى به أهلها فكذلك ، وإلا فلهم المنع من الإشراع . إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حق البقية من ذلك ، وكالمسجد فيما ذكر ماسبل أو وقف على جهة عامة كبئر ومدرسة ورباط نبه عليه الزركشي وغيره ، وقد أتى فى المحرر بجميع الضمائر مؤنثة لتعبيره أولا بالسكة ، ولما عبر المصنف بغير النافذ عدل إلى تذكيرها إلا قوله فى كلها (وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق)

(قوله وإن لم يرض أهلها) هو واضح إن كان المسجد قديما ، ويشكل فيما لو وقف داره مسجدا لأنه حادث حينئذ ، والحادث لايجوز الإشراع فيه بدون رضا أهله وإن لم يضر كما يأتى فى قوله أما الخ « وعبارة حج بعد ماذكر ابن الرفعة أيضا فى حادث بعد الإحياء : أى يقينا كما هو ظاهر بقاء حقهم : أى فلهم المنع من الإشراع وإن لم يضر ، إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حق البقية من ذلك وهو متجه معنى ، ومن ثم تبعه غيره لكن تسويتهما بين العتيق والجديد تخالف ذلك اهـ . فلعل ماذكره الشارح هنا فى الحادث تبع فيه ابن الرفعة ، وما ذكره أولا تبع فيه إطلاقهم فليحرر وليراجع . هذا وقد يقال ماذكره فيما لو وقف داره مسجدا فرضه فى جواز المرور إليه ، وما ذكره فى قوله أما الحادث خصه بالإشراع ، وعليه فقد يفرق بين مجرد المرور والإشراع بأن ضرر الإشراع أكثر ، وفيه تميز على بقية أهل الدرب ولا كذلك المرور . وحاصله أن الحادث بالنسبة للمرور يصيره كالشارع وبالنسبة لغيره باق على ماكان عليه قبل الإحداث (قوله أما إذا كان المسجد حادثا) انظر هذا مع ماقدمه فى وقف داره مسجدا فإن المتبادر من إحداثه أنه يوقف فتكون هذه عين تلك ، إلا أن يقال المراد بالإحداث هنا أن يكون ثم قطعة موات فيحييها بعضهم مسجدا فإن ذلك لايتوقف على وقف بل تصير مسجدا بإحيائه بقصد المسجدية (قوله فإن رضى به) أى إحداث المسجد (قوله أهلها) أى أهل السكة (قوله فكذلك) أى فلأهله الإشراع الذى لايضر (قوله وإلا فلهم المنع من الإشراع) يؤخذ منه أنه لوكان السفل لإنسان والعلو لآخر فوقف صاحب السفل أرضه مسجدا فإن أذن له فى ذلك صاحب العلو كلف نقض علوه لأنه رضى بجعل الهواء محترما بإذنه لصاحب السفل فى جعله مسجدا ، وهو يمنع من إشراع جناح فى هوائه فيمنع من إدامة السقف المملوك فى هوائه وإن لم يأذن له جاز له إبقاء بنائه ولا يكلف نقضه لأنه لم يوجد منه مايقتضى إسقاط حقه (قوله من ذلك) وعليه فيتحصل أنه إن كان المسجد مثلا قديما : أى بأن علم بناؤه قبل إحياء السكة الموجودة اشترط لجواز الإشراع أمر واحد ، وهو عدم ضرر المارة أو حادثا اشترط أمران عدم الضرر ورضا أهل السكة م ر . أقول : فله حكم الملك وحكم الشارع ، وقضية ذلك امتناع الدكة مطلقا اهـ سم على حج (قوله وليس لغيرهم فتح باب إليه الخ) ومنه ماوقع السؤال عنه من جماعة بينهم عقار مشترك فاقتسموه ، فخص واحدا منهم قطعة أرض لا ممرّ لها لأن باقى العقار بممره الأصلى آل لشركائه ، فليس له فتح باب من الدرب الذى فيه العقار إلا بإذن منهم حيث لم يكن فيه مسجد قديم أو بئر أو نحوه ، لكن ينبغى أن محل صحة القسمة من أصلها حيث أمكن اتخاذ ممر للحصة المذكورة من شارع نافذ أو ملك لصاحب الحصة المذكورة أو نحو ذلك كأن أمكنه شراء محل يجعله ممرا وإلا فلا ، كما لو باع دارا واستثنى لنفسه بيتا منها ولم يمكنه اتخاذ ممر له فإن البيع باطل ، وليس له أن يحدث ممر فى الدرب الذى كان يمر منه بسبب خروجه من الباب الأصلى لأن إحداثه فيه يجعل لهذه الدار المرور من بابين : أحدهما الأصلى الذى صار حقا لشريكه ، والثانى الذى أراد إحداثه ليمر منه الآن ، فطريقه أن يسترضى

(قوله أما إذا كان المسجد حادثا) هذا تقييد لقوله ولا يجوز الإشراع عند الضرر الخ فلتراجع عبارة الروض وشرحه

إلا بإذنهم لتضررهم، فإن أذنوا جاز ولهم الرجوع ولو بعد الفتح كالعارية، قال الإمام: ولا يغرمون شيئاً، بخلاف مالو أعار أرضا لبناء أونحوه حيث لايقلع مجانا، قال الرافعي ولم أره لغيره، والقياس عدم الفرق وفرق فى المطلب بأنه هنا بنى فى ملكه والمبنى باق بحاله لايزال فلا غرم، بخلاف البناء على الأرض فإن المعير يقلع فيغرم أرش النقص، وأوضحه الشيخ بأن الأولى أن يفرق بأن الرجوع هناك يترتب عليه القلع وهو خسارة فلم يجز الرجوع مجانا، بخلافه هنا لايترتب عليه خسارة لعدم اقتضائه لزوم سدّ الباب، وخسارة فتحه إنما تترتب على الإذن لا على الرجوع مع أن فتحه لايتوقف على الإذن وإنما المتوقف عليه الاستطراق (وله فتحه إذا) لم يستطرق منه سواء (سمره) بالتشديد أى ثقبه بالمسمار والتخفيف لغة قاله المطرزى أم لا كما فى البيان (فى الأصح) لأن له رفع جميع جداره فبعضه أولى. والثانى لا لأن فتحه يشعر بثبوت حق الاستطراق فيستدل به عليه، وما صححه تبعا لأصله هو ماصححه فى تصحيح التنبيه، وهو المعتمد وإن قال فى زيادة الروضة: إن الأفقه المنع، فقد قال فى المهمات: إن الفتوى على الجواز فقد نقله ابن حزم عن الشافعى. نعم لو ركب على المفتوح للاستضاءة شباكا أو نحوه جاز جزما كما نقله الأسنوى وغيره عن جمع (ومن له فيه باب) أوميزاب (ففتح آخر أبعد من رأس الدرب) من بابه الأصلى (فلشركائه) أى لكل منهم (منعه) إذا كان بابه أبعد من الباب الأول سواء أسد الأوّل أم لا لأن الحق لغيره، بخلاف من بابه بين المفتوح ورأس الدرب أو مقابل للمفتوح كما فى الروضة عن الإمام وأقرّه، قال الأسنوى: وهو ظاهر، والمراد من هو مقابل الباب الأوّل كما فهمه السبكى والأسنوى والأذرعى، ولهذا قال الأسنوى: إن كلام النووى يوهم أن المراد الباب الجديد، وليس كذلك فإنه لو أريد ذلك لكان المنع متفقا عليه حينئذ (وإن كان أقرب إلى رأسه ولم يسد) الباب (القديم) أى ولم يترك التطرق منه (فكذلك) أى لشركائه منعه لأن انضمام الثانى إلى الأول يوجب زحمة ووقوف الدوابّ فى الدرب فيتضررون به، وقيل يجوز، واختاره الأذرعى وضعف التوجيه بالزحمة بتصريحهم بأن له جعل داره حماما أو حانوتا مع أن الزحمة ووقوف الدوابّ فى السكة وطرح الأثقال تكثر أضعاف ماكان قد يقع نادرا فى فتح باب آخر للدار اهـ. ويمكن الجواب بأن موضع فتح الباب لم يكن فيه استحقاق بخلاف جعل داره ماذكر (وإن سدّه) أى القديم (فلا منع) لأنه ترك بعض حقه، ويجوز لمن داره آخر الدرب تقديم بابه فيما يختص به وجعل مابين الدار وآخر الدرب دهليزا. قال

من له حق فى الدرب الذى كان يمر منه أولا ولو بمال لأن الحق لهم فتنبه له (قوله إلا بإذنهم) أى الجميع أخذا من العلة (قوله ولهم الرجوع) أى لكلهم أو لبعضهم فيما يظهر لأن الفاتح ليس شريكا ولا يلحقه ضرر بمنعهم إذ له إبقاء الباب مفتوحا وإن منع من المرور (قوله وهو خسارة) بفتح الخاء كما فى المختار (قوله وله) أى للغير (قوله والتخفيف) اقتصر عليه المحلى (قوله والمراد) أى من قوله أو مقابل للمفتوح (قوله الباب الأول) أى القديم (قوله وضعف التوجيه) أى انتصارا لمقابل الأصح (قوله فلا منع) ظاهره وإن ترتب على فتحه ضرر لأهل الدرب لكون المحل الذى فتحه فيه ضيقا بالنسبة للأول، ولو قيل إنه يمتنع عليه ذلك حيث ترتب عليه الضرر المذكور لم يبعد فليراجع (قوله لأنه ترك بعض حقه) أى ولا يسقط حقه من القديم بما فعله، فلو أراد الرجوع للاستطراق من القديم وسد الحادث لم يمتنع، ولو باع الدار المشتملة على ما ذكر لآخر قام مقامه فله الاستطراق من القديم مع سدّ الحادث لأن الدار انتقلت إليه بتلك الصفة، فلا تغير لأن الممر مشترك فى الأصل وهو عين

(قوله من بابه الأصلى) أى أوميزابه الأصلى

الأسنوى : ولو كان له دار بوسط السكة وأخرى بآخرها فالمتجه أنه يجوز لمن داره بينهما منعه من تقديم باب المتوسطة ، وتفسير الشيخ ذلك بقوله إلى آخر السكة لأنه وإن كان شريكا فى الجميع لكن شركته بسببها إنما هو إليها خاصة ، وقد يبيع لغيره فيستفيد زيادة استطراق صحيح غير أنه لايتقيد كلام الأسنوى بما فسره به ، ولو كان له فى سكة قطعة أرض فبناها دورا وفتح لكل واحدة بابا جاز كما قاله البغوى فى فتاويه (ومن له داران تفتحان إلى دربين مسدودين) أى مملوكين (أو مسدود) أى مملوك (وشارع ففتح بابا) أى أراد فتحه (بينهما) للاستطراق (لم يمنع فى الأصح) لاستحقاقه المرور فى الدرب ورفع الحائل بين الدارين تصرف فى ملكه فلم يمنع حقه ، وما ذكره المصنف تبعا للرافعى والبغوى هو المعتمد . والثانى المنع ونقله فى الروضة عن العراقيين عن الجمهور وجرى عليه ابن المقرى ، لأنه فى الأولى يثبت لكل من الدارين استطراقا فى الدرب الآخر لم يكن له ، وفى الثانية يثبت للملاصقة للشارع حقا فى المسدود لم يكن لها ، وسواء فى جريان الخلاف كما اقتضاه كلام المصنف أبقى البابين على حالهما أم سدّ أحدهما وإن خصه الرافعى بما إذا سد باب أحدهما وفتح الباب لغرض الاستطراق ، وعلم مما قررناه أن مراده بالمسدود المملوك وإلا فالسد لايلزم منه الملك بدليل مالو كان فى أقصاه مسجد أو نحوه كما مر ، وتفتحان بمثناة فوقية فى أوّله لأن الدار مؤنثة ، وكذا كل فعل كان ضميرا لغائبتين كما فى الدقائق ، وقد ورد به السماع فى قوله تعالى ـ عينان تجريان ، وأن تزولا ، وامرأتين تذودان ـ قاله أبو حيان وجوز ابن فارس فيه الياء التحتية (وحيث منع فتح الباب فصالحه أهل الدرب) أى المالكون بأن لايكون فيه نحو مسجد (بمال صح) لأنه انتفاع بالأرض ، بخلاف إشراع الجناح لأن الهواء لايباع منفردا لأنه تابع ، فإن صالحوه على مجرد الفتح بمال لم يصح قطعا ، وحيث صح فإن قدروا للاستطراق مدة كان إجارة ، وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد كان بيع جزء شائع من الدرب له وينزل منزلة أحدهم ، كما لو صالح رجلا على مال ليجرى فى أرضه ماء نهر فإنه يكون تمليكا لمكان النهر ، بخلاف مالو صالحه بمال على فتح باب من داره أو إجراء ماء على سطحه فإنه وإن صح لا يملك شيئا من الدار والسطح لأن السكة لاتراد إلا للاستطراق فإثباته فيها يكون نقلا للملك ، وأما الدار والسطح فلا يقصد بهما

والملك فى الأعيان لايزول إلا بمزيل وهو لم يوجد هنا فتنبه له ، ولا تغتر بما قاله بعضهم من خلافه (قوله من تقديم باب) أى لجهة صدر الدرب (قوله بما فسره به) أى من قوله إلى آخر السكة بل لافرق بين التقديم إلى آخر السكة وأدناها حيث كان مع فتح الأول والاستطراق منه (قوله لغرض الاستطراق) قد يوهم أن هذا ليس قيدا لمحل الخلاف وليس مرادا (قوله وعلم مما قررناه) أى فى قوله أى مملوك (قوله وجوز ابن فارس فيه) أى فى كل فعل كان ضميرا الخ (قوله فصالحه أهل الدرب) أى على فتحه ليستطرق منه (قوله بمال صح) أى ويوزع المال على عدد الدور ثم يوزع ماخص كل بيت على عدد رءوس ملاكه فيما يظهر ، ثم رأيت بهامش نسخة قديمة بخط بعض الفضلاء مايصرح بما قلناه بل ساقه مساق المنقول ، ولو كان فى الدرب من يستحق المنفعة بنحو إجارة فلا بد فى جواز الفتح من رضاه ولا شى له من المال المأخوذ فيما يظهر ، ولو كان فى الدرب دار موقوفة فالأقرب أن مايخصها يصرف لجهة الوقف ولا بد فى جواز ذلك من رضا من له الولاية على الوقف ورضا المستأجر لها إن

(قوله وتفسير الشيخ ذلك) أى التقديم (قوله غير أنه لايتقيد كلام الأسنوى بما فسره به) أى بل يجرى فيما إذا فتح بابا أدنى إلى رأس الدرب أى مع بقاء الأول هذا الذى يظهر من كلام الشارح لكن هذا لايوافق مامر من أن المنع حينئذ إنما هو لمن بينه وبين رأس الدرب (قول المصنف وحيث منع فتح الباب) أى بأن أراد الاستطراق

الاستطراق وإجراء الماء ، أما إذا كان بالسكة مسجد أو نحوه كدار موقوفة على معين أو غيره فلا يجوز ، إذ البيع لايتصور فى الموقوف وحقوقه ، قاله الأذرعى وابن الرفعة . زاد الأول : وأما الإجارة والحالة هذه فيتجه فيها تفصيل لايخفى على الفقيه استخراجه (ويجوز) لمالك جدار (فتح الكوات) لبعض أهله ولغيرهم وهى بفتح الكاف أفصح من ضمها الطاقات وفتح شباك ولو لغير الاستضاءة لأنه تصرف فى ملكه ، ولا فرق بين أن يشرف على حريم جاره أولا كما فى البيان عن الشيخ أبى حامد لتمكن الجار من دفع الضرر عنه ببناء سترة أمام الكوة وإن تضرر صاحبها بمنع الضوء منها أو النظر ، ولأن صاحبها لو أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه فتقييد الجرجانى بما إذا كانت عالية لايقع النظر منها على دار جاره ضعيف ، والأوجه أن الكوة لو كان لها غطاء أو شباك يأخذ شيئا من هواء الدرب منعت وإن كان فاتحها من أهله خلافا للسبكى (والجدار) الكائن (بين المالكين) لدارين (قد يختص به) أى بملكه (أحدهما) ويكون ساترا للآخر فقط (وقد يشتركان فيه فالمختص) به أحدهما (ليس للآخر)

كان (قوله أما إذا كان) محترز قوله أى المالكون بأن لايكون فيه نحو الخ (قوله لايخفى على الفقيه) يشير إلى مايخص الموقوف من الأجرة إن كان قدر أجرة المثل وفيه مصلحة صح وإلا فلا اهـ سم ، ونقله عن حج عن شرح الإرشاد (قوله فتح الكوات) عبارة المختار الكوة بالفتح ثقب البيت والجمع كوو بالكسر ممدود ومقصور ، والكوة بالضم لغة وجمعها كوى اهـ . ومنه يعلم أن ماسلكه المصنف من جمعه جمع تصحيح لايتعين فيه (قوله منعت) أى حيث لا إذن كما هو ظاهر وإن لم يحصل بذلك ضرر لأهل الدرب بوجه ، لأن الهواء مشترك والمشترك لاينتفع به بغير إذن من الشركاء وليس من الإذن اعتياد الناس فتح الطاقات التى لها غطاء والشبابيك التى لها ذلك من غير معارضة .

[حادثة] وقع السؤال بما صورته : ما قولكم فى أماكن موقوفة من واقف واحد على قربات وخيرات عينها بكتاب وقفه وفى أحد الأمكنة المذكورة مكان وضعه الواقف متميزا عن غيره وبارزا وفيه شباك للضوء والهواء ، ثم إن الناظر على الوقف أجر المكان المذكور لشخص بأجرة المثل ، ثم إن شخصا استأجر مكانا من جملة الوقف ملاصقا للمكان المذكور ويريد إحداث بناء يسد الشباك وينقص أجرة المكان الذى هو به فهل له ذلك أو يمنع منه قهرا عليه حيث كان الكل وقفا واحدا ؟ وأجبت عنه بما صورته : الحمد لله لايجوز للرجل المذكور البناء المترتب عليه سد الشباك المذكور لما فيه من نقص أجرة المحل المذكور بتعطيل بعض منافعه ، وعبارة الشمس الرملى فى شرحه على المنهاج فى كتاب الوقف : قال السبكى : والذى أراه جواز تغيير الوقف بثلاثة شروط ، وذكر منها أن يكون فى التغيير مصلحة للوقف والبناء فى هذه الصورة لامصلحة فيه بل فيه إضرار فيمنع ويأثم هو ومن يعاونه بمخالفة ماقصده الواقف ، ولا نظر لما يحدث فى المكان الذى يراد فعل البناء فيه من زيادة أجرته عما كان لو حصلت لأنها على خلاف غرض الواقف ، مع أن الزيادة الآن إنما يعود أثرها على المستأجر لا على الواقف ، وأما ماصرحوا به فى باب الصلح من أنه لايمنع من سد الطاقات والشبابيك وإن منعت الضوء والهواء على الجار ولا من فتحها وإن أدت إلى الإشراف على حريم غيره فمحله كما هو فرض كلامهم فى الملاك ، وعللوه بأن المتصرف فى الكوات لو أراد رفع الجدار من أصله لم يمنع فكيف يمنع من التصرف فى بعضه والله أعلم (قوله والجدار الكائن) بين به أن قول المصنف بين الخ متعلق بمحذوف صفة للجدار (قوله لدارين) أى

(قوله لبعض أهله ولغيرهم) بدل من قوله لمالك جدار

ولا لغيره المفهوم بالأولى تصرف فيه بما يضر مطلقا فيحرم عليه (وضع الجذوع) أى الأخشاب وضع جذع واحد (عليه بغير إذن) مالكه ولا ظن رضاه (فى الجديد ، ولا يجبر المالك عليه) لخبر « لاضرر ولا ضرار فى الإسلام » وخبر ابن عباس « لايحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس » وقياسا على سائر أمواله وأما خبر الصحيحين الذى استدل بظاهره القديم القائل بجواز الوضع من غير إذنه وأنه ليس له منعه وهو « لايمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه فى جداره » . فأجيب عنه بأنه محمول على الندب لقوّة العمومات المعارضة له ، ويؤيده إعراض من أعرض فى زمن أبى هريرة وبأن الضمير فى جداره لجاره لقربه : أى لايمنعه أن يضع خشبه فى جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء والهواء ورؤية الأماكن المستطرفة ونحوها ويتأيد بأنه القياس الفقهى والقاعدة النحوية فإنه أقرب من الأولى فوجب عود الضمير إليه ، وللقديم شروط أن لايحتاج مالكه إلى وضع جذوعه عليه ، وأن لايزيد الجار فى ارتفاع الجدران ، ولا يبنى عليه أزجا ، ولا يضع عليه ما يضره ،وأن تكون الأرض له نص عليه ، وأن لايملك شيئا من جدران البقعة التى يريد أن يسقفها أو لايملك إلا جدارا واحدا ولا فرق على القديم بين أن يحتاج إلى فتح شىء فى الحائط لتدخل فيه الجذوع أم لا ، صرح به الماوردى وابن الصباغ وغيرهما لأن رأس الجذع يسد المنفتح ويقوى الجدار ، بخلاف فتح الكوة ونحوها فإنه لايجوز ،وقوله ولا يجبر المالك مفرع على الجديد كما قاله المنكت مجيبا به عن قول المعترض أنه يفهم أنه مجزوم به ، وأن القولين إنما هما فى الجواز ابتداء وليس كذلك فلو حذفه كان أولى ،وفرض المصنف الخلاف فى الجدار بين المالكين قد يخرج الساباط إذا أراد بناءه على شارع أو درب غير نافذ ، وأن يضع طرف الجذوع على حائط جاره المقابل فإنه لايجوز إلا بالرضا قطعا كما قاله المتولى وغيره ، لأن هذا الجدار ليس بين مالكين بل بين مالك وشارع (فلو رضى) المالك بوضع جذوع أو بناء على جداره (بلا عوض) وقلنا بعدم الإجبار (فهو إعارة)

مثلا (قوله لخبر لاضرر) قدمه لعمومه (قوله مال أخيه) هو جرى على الغالب وإلا فالذمى كذلك (قوله عن طيب نفس) رواه الحاكم بإسناد على شرط الشيخين فى معظمه وكل منهما منفردا فى بعضه . أقول : المراد بشرطهما الرجال الذين اتفقا فى الرواية عنهم وشرط البخارى من انفرد بالرواية عنهم عن مسلم وشرط مسلم من انفرد بالرواية عنهم عن البخارى اهـ شيخ الإسلام فى شرح الألفية بالمعنى فليراجع وأما من اشتهر من أن المراد بشرط البخارى ماهو معروف عنه من اللقى والمعاصرة وبشرط مسلم المعاصرة دون اللقى فلا تصح إرادته هنا لأن شرطهما حينئذ متباينان فيفوت قولهم فى بعض الأحاديث إنه على شرط الشيخين وبعضها إنه على شرط البخارى وبعضها إنه على شرط مسلم (قوله وهو) أى الخبر (قوله أن يضع خشبه) روى بالإفراد ومنوّنا والأكثر بالجمع مضافا اهـ محلى (قوله من أعرض) أى عن العمل بهذا الحديث المستدل به القديم (قوله إن تضرر به) أى جاره (قوله المستطرفة) بالطاء المهملة : أى الحسنة ، وعبارة المصباح : والطرفة مايستطرف : أى مايستملح ، والجمع طرف مثل غرفة وغرف ، وأطرف إطرافا جاء بطرفة اهـ . ويجوز كونه بالظاء المعجمة من الظرف بمعنى الحسن (قوله ويتأيد) أى قوله وبأن الضمير الخ (قوله أزجا) قال فى المصباح البيت يبنى طولا وأزجته تأزيجا إذا بنيته كذلك ،ويقال الأزج السقف وسيأتى فى كلام الشارح أنه يطلق على كيفية السقف والمراد بها العقد(قوله ولايضع عليه مايضره) هذا قديغنى عن قوله ولا يبنى عليه أزجا لأن وجه المنع من الأزج ضرره (قوله وأن تكون الأرض) أى تكون الأرض

(قوله وللقديم شروط الخ) ينبغى أن تحرر هذه الشروط فإن فى فهمها صعوبة ومخالفة لما فى القوت فليراجع

لصدق حدها عليه ، ويستفيد بها المستعير الوضع مرة واحدة حتى او رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانيا فى الأصح لأن الإذن إنما تناول مرة ولو وضع أحد مالكى الجدار جذوعه عليه بإذن شريكه ثم انهدم ذلك البناء ، فنى فتاوى القفال تجوز له إعادة الجذوع من غير إذن شريكه . قال الأذرعى : والمتبادر من إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لافرق بين الجدار المختص والمشترك فى أنه لاتجوز له إعادة الجذوع إلا بإذن جديد على الأصح ، ويشبه أن يكون ما قاله القفال وجها ثالثا ، ومحل ماذكره المصنف إذا وضعت أولا بإذن ، فلو ملكا دارين ورأيا خشبا على الجدار ولا يعلم كيف وضعت فإذا سقط الحائط فليس له منعه من إعادة الجذوع بلا خلاف لأنا حكمنا بأنه وضع بحق وشككنا فى المجوّز للرجوع ، ولو أراد صاحب الحائط نقضه فإن كان مستهدما جاز ، وحكم إعادة الجذوع ماسبق وإلا فلا ، كذا ذكره فى زيادة الروضة (وله الرجوع قبل البناء عليه) قطعا (وكذا بعده فى الأصح) كسائر العوارى . والثانى لا رجوع له بعد البناء لأن مثل هذه العارية إنما يراد بها التأبيد ، فأشبه ما إذا أعار للدفن وما رجحه تبعا للشرح والروضة هنا هو المعتمد وإن قال الرافعى فى شرحيه فى الكلام على بيع الشجر خلافه ، ويمكن الجمع بين كلامى الرافعى فإنه لم يتعرض هناك لمنع الرجوع بل قال : وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية كما إذا أعاره جداره ليضع عليه الجذوع ، فلعل مراده أنه لايشترط بيان المدة (وفائدة الرجوع تخييره بين أن يبقيه) أى الموضوع (بأجرة أو يقلع

التى يسكن فيها البانى له ، بخلاف مالوكان مستعيرا ، أو مستأجرا فلا يجبر جاره على تمكينه من البناء (قوله فى الأصح) أى الراجح ، وعبر عن هذا المعنى حج بقوله خلافا لما فى الأنوار ، وهو يشعر بأنه ليس خلافا بين الأصحاب (قوله ولو وضع) ذكره هنا لمناسبة ماقبله ، وإلا فمحله عند قول المصنف الآتى وأما الجدار المشترك الخ(قوله من غير إذن شريكه) مفهومه أنه لوكان مختصا بغير واضع الجذوع لم تجز إعادتها إلا بإذن فيكون مفصلا بين المشترك وغيره ، فهو ثالث يقابل كلا من القائلين بالمنع مطلقا أو الجواز مطلقا (قوله إلا بإذن جديد) معتمد (قوله على الجدار) أى وهو مختص بمالك إحدى الدارين (قوله فليس له) أى صاحب الجدار (قوله منعه) أى الآخر (قوله وشككنا الخ) أى وللشك فى ذلك لم نحمله على أنه وضع بالإعارة ، وإلا لامتنعت الإعادة لما مر من أنه إذا أذن له فى الوضع بلا عوض ثم انهدم الجدار وأعيد ليس له وضع الخشب إلا بإذن جديد ، ويؤيده ماسيأتى بعد قول المصنف ولوكان لأحدهما عليه جذوع الخ من قوله والأوجه أنه لاقلع ولاأجرة أخذا بإطلاقهم الخ (قوله صاحب الحائط) أى فيما لو ملكا دارين ورأيا الخ ، ويحتمل أنه مستأنف وهو الأولى لأن هذا الحكم لايختص بما ذكر (قوله وحكم إعادة الجذوع) أى من التفرقة بين كونها وضعت بعوض أولا (قوله فأشبه ما إذا أعار للدفن) أى فإنه ليس له الرجوع إلا بعد الاندراس للميت (قوله فإنه) الفاء تعليلية (قوله الموضوع بأجرة) أى فلو اختار الإبقاء بالأجرة هل له الرجوع بعد ذلك وطلب القلع وغرامة الأرش أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن موافقته على الأجرة بمنزلة ابتداء عقد الإجارة ، ومعلوم أنه إذا عقد بشىء ابتداء ليس له

(قوله ومحل ماذكره المصنف إذا وضعت أولا بإذن الخ) فيه أن كلام المصنف ليس فيه وضع أوّل فحق العبارة ومحل كلام المصنف فى الوضع ابتداء ، أما إذا وضعت أولا بإذن الخ (قوله ولو أراد صاحب الحائط نقضه) أى الجدار الذى لم يعلم أصل وضع الجذوع عليه (قول المصنف قبل البناء عليه) أى على الجدار أو الموضوع عليه كما ذكره الشهاب حج ، ولا يضر على الأول كون الكلام فى الجذوع

ذلك ويغرم أرش نقصه) وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا كما فى إعارة الأرض للبناء ، قالا : ولا تجىء الخصلة الثالثة وهى التملك بالقيمة لأن الأرض أصل فجاز أن يستتبع البناء والجدار تابع فلا يستتبع ، كذا قاله البغوى هنا ، ولا يخالف ماذكر هنا مايأتى فى العارية من أنه لو أعار الشريك حصته من أرض البناء ثم رجع لايتمكن من القلع مع الأرش لما فيه من إلزام المستعير تفريغ ملكه عن ملكه لأن المطالبة بالقلع هنا توجهت إلى ماهو بملك المعير بجملته ، وإزالة الطرف عن ملك المستعير جاءت بطريق اللازم ، بخلاف الحصة من الأرض فنظير ماهناك إعارة الجدار المشترك (وقيل فائدته طلب الأجرة فقط) فى المستقبل لأن ضرر القلع يتعدى إلى خالص ملك المستعير ، إذ الجذوع إذا ارتفعت أطرافها عن جدار لاتستمسك على الجدار الآخر والضرر لايزال بالضرر (ولو رضى بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض) وقلنا بمنع الإجبار (فإن أجر رأس الجدار للبناء) عليه (فهو إجارة) كسائر الأعيان التى تستأجر للمنافع لكن لايشترط فيها بيان المدة لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح .قال الزركشى : نعم لو كانت الدار وقفا عليه مثلا وأجره فلابد من بيان المدة قطعا ، ذكره القاضى حسين واعتمده الزركشى لامتناع شائبة البيع فيه (وإن قال بعته للبناء عليه أو بعت حق البناء عليه فالأصح أن هذا العقد فيه شوب بيع) لكونه مؤبدا (وإجارة) لأن المستحق به منفعة فقط إذ لايملك المشترى فيها عينا ، ولو كان إجارة محضة لاشترط تأقيتها أو بيعا محضا لملك رأس الجدار صاحب الجذوع . والثانى أنه إجارة محضة ، واغتفر فيها التأبيد للحاجة كسواد العراق ، ورد بأنها لاتنفسخ بتلف الجدار فإنه يعود حقه بإعادة الجدار وفاقا . والثالث أنه بيع يملك به المشترى رأس الجدار ، هذا إذا لم يقدر مدة . فإن قدر انعقد إجارة قطعا ، قاله شارح

الرجوع عنه ، ويجوز فى الأجرة أن تقدر دفعة كأن يقال أجرة مثل هذا غير مقدرة بمدة كذا ، وأن تجعل مقسطة على الشهور أخذا مما يأتى عن بر فى أنه يجوز أن تجعل الأجرة كل شهر كذا كما فى الخراج (قوله وهو مابين قيمته قائما) أى مستحق القلع لا مجانا كما ذكره فى باب العارية (قوله ولا يخالف ماذكر هنا) أى من قول المصنف أو يقلع ويغرم أرش نقصه (قوله وإزالة الطرف) أى طرف الجذوع (قوله إعارة الجدار) أى لا المختص به أحدهما (قوله بيان المدة) أى ولا بيان تقدير أجرة دفعه فيكفى أن يقول آجرتك كل شهر بكذا : ويغتفر الغرر فى الإجارة كما اغتفر فى المعقود عليه ويصير كالخراج المضروب ، قاله شيخنا بر اه سم على منهج . ومن ذلك الأحكار الموجودة بمصرنا فيغتفر الغرر فيها (قوله وقفا عليه مثلا) كموصى له بمنفعتها ومستأجرة (قوله فلا بد من بيان المدة) أى وبعد انقضاء المدة يخير الآذن بين تبقيته بالأجرة والقلع مع غرامة أرش النقص إن أخرج من خالص ملكه أما إن كان ما يدفعه من غلة الوقف فلا يجوز بل يتعين التبقية بالأجرة . وكذا لو انتقل الحق لمن بعد الآذن يتعين التبقية بالأجرة (قوله انعقد إجارة)ولا ينافيه قوله بعتك لأنه لما عقبه بقوله لحق البناء عليه دل على أنه لم يرد به

(قوله لأن المطالبة بالقلع هنا الخ) كان الأولى تأخير هذا عن القيل الآتى بتعليله لأنه جواب عنه (قوله واعتمده الزركشى) إنما لم يضمر لئلا يتوهم رجوع الضمير للقاضى (قوله لامتناع شائبة البيع) صريح فى أن هذه الإجارة فيها شائبة بيع وإن اقتضت مقابلة المتن خلافه (قوله ولو كان إجارة محضة لاشترط تأقيتها) يرد عليه أنه فى المسئلة التى قبل هذه إجارة محضة ولم يشترط تأقيتها (قوله انعقد إجارة قطعا) اعلم أن ما اقتضاه كلام الشارح كالشهاب حج من الصحة بلفظ البيع غير مراد كما نبه عليه الشهاب سم ، وإلا لنافى ماقالوه من أن الإجارة لاتصح بلفظ البيع ، وعبارة شرح الروض : وإلا أى وإن أقت بوقت فلا يتأبد ويتعين

التعجيز ، وتجرى الأوجه فيما لو عقدا بلفظ الصلح أيضا كما فى الكفاية ، واحترز بقوله للبناء عليه عما إذا باعه وشرط عدم البناء عليهفيجوز قطعا وينتفع به فيما عدا البناء ، وكذا إن لم يتعرض للبناء فى الأصح ، قاله الماوردى. وشوب قال فى الدقائق إنه الصواب ، وقول بعضهم شائبة تصحيف ، واعترضه الأسنوى بأنه لامدخل للتصحيف هنا وصوابه التحريف . قال السبكى : ولا يظهر لى وجه التصحيف فى ذلك إذ الشوب الخلط ويطلق على المخلوط به وهو المراد هنا ، والشائبة يشاب بها فكل منهما صواب (فإذا بنى) بعد قوله بعته للبناء ه أو بعت حق البناء عليه (فليس لمالك الجدار نقضه) أى نقض بناء المشترى (بحال) أى لا مجانا ولا مع إعطاء الأرش لاستحقاقه دوام البناء بعقد لازم ، نعم إن اشترى مالك الجدار حق البناء من المشترى جاز الشراء كما صرح به المحاملى وأبو الطيب وحينئذ يتمكن من الخصلتين اللتين جوزناهما له لو أعار . واستشكل الأذرعى ما قالاه من صحة هذا الشراء وسكت المصنف كالرافعى عن تمكين البائع من هدم الحائط نفسه ومن منع المشترى أن يبنى إذا لم يكن قد بنى ، ولا شك كما قاله الأسنوى فى عدم التمكين منهما (ولو انهدم الجدار فأعاده مالكه) باختياره ، ولا يلزمه ذلك فى الجديد مطلقا سواء أهدمه المالك عدوانا أم أجنبى (فللمشترى إعادة البناء) بتلك الآلة أو بمثلها ، لأنه حق ثابت له ، وكما للمشترى إعادة البناء كذا له ابتداؤه إن لم يكن بنى ولو لم يبنه المالك فأراد صاحب الجذوع

حقيقة البيع (قوله بلفظ الصلح) أى بشرطه من كونه على إقرار وسبق خصومة ولو لم تكن عند القاضى (قوله فيجوز قطعا) قضية قوله قطعا أن فى جواز ماقبله خلافا ، والمفهوم من قوله فالأصح أن هذا العقد فيه شوب الخ أنه صحيح قطعا ، وإنما الخلاف فى كونه بيعا مشوبا بإجارة أو إجارة محضة أو بيعا محضا (قوله إن لم يتعرض للبناء) أى بأن باعه وأطلق وينتفع به فيما عدا البناء ، ولعل وجهه أنه لما كان البناء يحتاج لبيان صفته بالأمور الآتية لم تنزل حالة الإطلاق عليه ، وإلا فقد يقال مقتضى الإطلاق أن ينتفع برأس الجدار بسائر وجوه الانتفاع (قوله قال السبكى) خبر قوله وقول (قوله يشاب) أى آلة يشاب الخ (قوله فكل منهما) شوب وشائبة (قوله مالك الجدار) ومثل ذلك مالو تقايلا فيما يظهر (قوله حق البناء) أى بعد البناء عليه دون الجذوع (قوله وحينئذ يتمكن) أى مالك الجدار (قوله من الخصلتين) وهما القلع وغرامة أرش النقص والتبقية بالأجرة (قوله واستشكل الأذرعى) لم يبين ما استشكل به (قوله فى عدم التمكين) ظاهره وإن كان مستهدما ، وقياس مامر فى العارية جواز هدمه حينئذ إلا أن يفرق بقوة حق البانى هنا ببذل العوض وضعفه ثم لعدم ملكه للمنفعة ، لكن الأول أظهر لأن منعه من الهدم قد يؤدى إلى تلف ماله (قوله ولا يلزمه ذلك) أى الإعادة (قوله سواء أهدمه) بيان لمعنى الإطلاق (قوله المالك) ليس بقيد بل مثل الملك الموقوف ولو مسجدا فى عدم لزوم إعادته إذا تعدى وهدمه فلا تلزمه الإعادة ، وإنما يلزمه التفاوت بين قيمته قائما ومهدوما فتنبه له (قوله كان له ذلك) أى ويكون

لفظ الإجارة انتهت (قوله فيجوز قطعا) أى كما أنه إذا باعه للبناء يصح قطعا الذى هو مسئلة المتن إذ الخلاف فيه إنما هو فى أنه ينعقد بيعا أو إجارة محضين أو بيعا فيه شوب إجارة ، وإنما قيد هنا بقوله قطعا لأجل حكاية الخلاف فى الذى بعده . فالحاصل أن المسئلة لها ثلاثة أحوال : لأنه إما أن يبيع للبناء ، أو يشرط عدم البناء ، أو يسكت فيصح فى الأوليين قطعا وفى الثالثة الخلاف الآتى ، فمفهوم قول المتن للبناء عليه فيه تفصيل من حيث الخلاف وعدمه كما عرفت (قوله وقول بعضهم) من مقول الدقائق (قوله قال السبكى الخ) هو اعتراض ثان على

إعادته من ماله ليبنى عليه . قال الأسنوى : كان له ذلك كما صرح به جماعة ، وقال السبكى : إنه قضية كلام الأصحاب ، وفهم من كلام المصنف عدم الانفساخ بالانهدام ، وقضية تعليل الرافعى اختصاص ذلك بما إذا وقع العقد بلفظ البيع ونحوه ، فأما إذا أجر إجارة مؤقتة فيجرى فى انفساخها الخلاف فى انهدام الدار المستأجرة هل يوجب الفسخ ومن هدم السفل من مالك أوغيره طولب بقيمة حق البناء على العلو للحيلولة سواء أبنى الأعلى أم لا مع غرم أرش النقص إن كان قد بنى وهو ما بين قيمته قائما ومهدوما ، فإن أعيد السفل استعيدت القيمة لزوال الحيلولة وله البناء إن لم يكن بنى وإعادته إن كان قد بنى ، ولا يغرم الهادم أجرة البناء لمدة الحيلولة . قال الإمام : لأن الحق على التأبيد وما يتقدر لاينحط مما لايتناهى . قال الأسنوى : وفى كلامه إشارة إلى الوجوب فيما إذا وقعت الإجارة على مدة ، والمتجه عدم الوجوب لأن وجوب الأجرة للحيلولة إنما محله عند قيام العين ولم يصرحوا بوجوب إعادة الجدار على مالكه ، وينبغى أن يقال إن هدمه مالكه عدوانا فعليه إعادته ، وإن هدمه أجنبى أو مالكه وقد استهدم لم يجب لكن يثبت للمشترى الفسخ إن كان ذلك قبل التخلية ، وقد مر أن الأصح عدم وجوب إعادته مطلقا (وسواء كان الإذن) فى وضع البناء (بعوض أو غيره) ومر أن هذا لغة صحيحة فلا اعتراض عليه (يشترط بيان قدر الموضع المبنى عليه طولا وعرضا وسمك الجدران وكيفيتها) أى كيفية الجدران أهى مجوفة أم منضدة وهى ما التصق بعضها إلى بعض من حجر أو غيره (وكيفية السقف المحمول عليها) هل هو من خشب أو أزج ، وهو العقد المسمى بالقبو ، وهل هو بالقصب أو بالجريد لأن الغرض يختلف بذلك ، ولا يشترط ذكر الوزن فى الأصح ولو كانت الآلات حاضرة كفت مشاهدتها عن وصفها (ولو أذن فى البناء على أرضه كفى بيان قدر محل البناء) عن موضعه وطوله وعرضه لأن الأرض تحمل كل شىء فلا يختلف الغرض إلا بقدر مكان البناء

الجدار ملكا له نقضه متى شاء كما يأتى فى الجدار المشترك إذا أعاده أحدهما بآله نفسه وله بيعه أيضا لمالك الأس ولغيره ، وقوله إنه قضية كلام الأصحاب هو المعتمد (قوله اختصاص ذلك) أى عدم الانفساخ (قوله هل يوجب الفسخ) أى والراجح أنه يوجبه : أى فكذلك هنا وخرج مالو لم يقدر مدة فلا ينفسخ بالانهدام وإن عقد بلفظ الإجارة نظرا لشوب البيع ، لكن قضية مانقله عن الأسنوى فى قوله الآتى قال الأسنوى وفى كلامه إشارة إلى الخ عدم الانفساخ فيما إذا قدرت بمدة أيضا . هذا وفيما فهمه الأسنوى من كلام الإمام من عدم الوجوب نظرا لجواز أن الإمام قائل بالانفساخ إذا قدرت بمدة (قوله للحيلولة) أى ويجوز له التصرف فيه حالا ، فإن أعيد السفل رد بدله (قوله قائما) أى مستحق الإبقاء (قوله أجرة البناء) أى لا يغرم أجرة مامضى قبل إعادته (قوله عدم الوجوب) أى سواء كانت المدة معينة أم لا (قوله وينبغى أن يقال) نقله حج عن بحث شيخ الإسلام فى شرح الروض (قوله للمشترى الفسخ) لعل المراد الانفساخ ، والكلام مفروض فيما إذا جرى بلفظ البيع لأنه الذى ينفسخ بالانهدام قبل القبض ، أما إذا وقع بلفظ الإجارة أو كان الانهدام بعد التخلية كان المراد بالفسخ حقيقته بمعنى أنه يثبت للمشترى الخيار بين الفسخ والإجارة (قوله وقد مر أن الخ) معتمد (قوله مطلقا) أى سواء كان الهادم المالك أو غيره (قوله عن وصفها) أى فى بيان صفة السقف المحمول عليه ، فرؤية الآلة إذا كانت خشبا تغنى عن وصفه بكونه أزجا أوغيره . (قوله ولو أذن فى البناء على أرضه) قال حج : بإجارة أو إعارة أو بيع اهـ (قوله وطوله وعرضه)

الدقائق من جهة المعنى (قوله فأما إذا أجر إجارة مؤقتة) سكت عن غير المؤقتة ، والظاهر أنها من النحو المذكور فى قوله بلفظ البيع ونحوه ، ثم رأيت حاشية الزيادى صريحة فيما ذكرته (قوله ولم يصرحوا الخ) هذا

قال الأذرعى وغيره : وسكتوا عن حفر الأساس . وينبغى اشتراط بيان قدره لاختلاف الغرض به ، فإن المالك فقد يحفر سردابا أو غيره تحت البناء لينتفع بأرضه ويمنع من ذلك مزاحمة تعميق الأساس ، بل ينبغى أن لايصح إيجار الأرض للبناء عليها ولا بيع البناء فيها إلا بعد حفر الأساس ليرى مايؤجره أو يبيعه أو يبيع حقوقه . اللهم إلا أن يكون وجه الأرض صخرة لايحتاج أن يحفر للبناء أساس ، أو يكون البناء خفيفا لايحتاج إلى أساس ، والبحث الأخير محله إذا أجره ليبنى على الأساس لا فيما إذا أجره الأرض ليبنى عليها وبين له موضع الأساس وطوله وعرضه وعمقه أخذا من كلام الشامل (وأما الجدار المشترك) بين اثنين (فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن) ولا ظن رضا (فى الجديد) هذان القولان هما السابقان فى جدار الأجنبى وقد مرّ توجيههما (وليس له أن يتد فيه وتدا) بكسر التاء فيهما (أو يفتح) منه (كوّة بلا إذن) كبقية المشتركات ، وكذا لايترّب الكتاب بترابه إن لم يعلم رضاه ككل مايضايق فيه عادة ، فإن أذن جاز لكن بشرط أن لايكون بعوض فى مسئلة الكوّة وإلا كان صلحا عن الضوء والهواء المجرد ، ذكره ابن الرفعة . قال : وإذا فتح بالإذن فليس له السدّ أيضا إلا به لأنه تصرف

أى ولم يجب ذكر سمكه وكيفيته اهـ محلى وحج . وعليه فلو شرطا قدرا من السمك كعشرة أذرع مثلا فهل يصح العقد ويجب العمل بذلك الشرط أو يبطل العقد مطلقا أو يصح العقد ويلغو الشرط ؟ فيه نظر ، ولعل الأقرب الثانى لأنه شرط يخالف مقتضى العقد ، فإن مقتضى بيع الأرض أن يتصرف فيها المشترى بما أراد فشرط خلافه يبطله ، ويحتمل أن يقال بالأولى وهو مقتضى قول المحلى وحج ، ولم يجب ذكر سمكه أن المتبادر من نفى الوجوب جوازه ، ولا معنى لجواز ذكره إلا وجوب العمل به ، وعليه فلا نسلم أن ما ذكر بيع جزء من الأرض بل هذا إما إجارة أو بيع فيه شوب إجارة ، وأياما كان فليس المعقود عليه الأرض من حيث هى بل الأرض لبناء صفته كذا وكذا وكان مقتضاه أنه لابد من ذكر السمك كما قيل به لكنهم اغتفروا عدم ذكره ، ولا يلزم منه اشتراط عدم العمل به لو ذكر ، ومع ذلك فالظاهر الأوّل (قوله والبحث الأخير) هو قوله بل ينبغى أن لايصح إيجار الأرض (قوله فليس لأحدهما وضع جذوعه ولا هدمه) فلو فعل بغير إذن شريكه ضمن أرش نقصه ، وهو التفاوت بين قيمته قائما ومهدوما ولا تلزمه إعادته ، وليس له أيضا البناء عليه بالأولى لأنه أكثر ضررا من الجذوع ، وإنما اقتصر على الجذوع لكونها محل القولين (قوله بغير إذن) أى فلو خالف وفعل هدم مجانا وإن كان مابنى عليه مشتركا لتعديه .

[فائدة] لو وضع أحد الشريكين وادعى أن شريكه أذن له فى ذلك لم يقبل منه لأن الأصل عدم الإذن ويطالب بالبينة فإن أقامها فذاك وإلا هدم مابناه مجانا . ومثل صاحب الجدار وارثه فيقال فيه ماتقدم ، والفرض أنه علم وضعه فى زمن المورث وإلا فالأصل أنه وضع بحق فلا يهدم (قوله وليس له أن يتد فيه) أى لأن كل جزء مشترك بينهما لا أن لكل من الشريكين الوجه المقابل لملكه حتى يتصرف فيه . ومن ثم لو استهدم من إحدى الجهتين كان كما لو انهدم بكماله على مايأتى (قوله فإن أذن) أى فى وضع الجذوع فهو محترز قوله بغير إذن (قوله جاز) أى ثم إن كان بعوض فلا رجوع له ، وإن كان بغيره فله الرجوع قبل الوضع مطلقا ، وكذا بعده لكن لأخذ الأجرة لا لقلعه مع غرامة أرش النقص لأنه شريك فلا يكلف إزالة ملكه عن ملكه (قوله وإلا كان صلحا) أى وهو

كلام شيخ الإسلام فى شرح الروض ، وتعقبه الشهاب حج بأن كلام الدارمى مصرح به (قوله والبحث الأخير)

فى ملك الغير (وله أن يستند إليه ويسند متاعا لايضر وله ذلك فى جدار الأجنبى) وإن منع المالك من ذلك إذ المنع منه عناد محض ، وهو كالاستضاءة بسراج غيره والاستظلال بجداره ، وقوله لايضر من زيادته ولا بدّ منه (وليس له إجبار شريكه على العمارة فى الجديد) لخبر « لايحل مال امرئ مسلم » . وأما خبر « لاضرر ولا ضرار » فمخصوص بغير هذا ، إذ الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة ، والضرر لايزال بالضرر ، ويجرى ذلك فى نهر وقناة وبئر مشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما ونحو ذلك كزراعة أرض مشتركة وكسقى نبات كما قاله القاضى وغيره ورجحه الأذرعى ، وقول الجورى : يلزم أن يسقى الأشجار اتفاقا ضعيف ، والقديم ونص عليه فى الأم والبويطى فى مسئلة العلو الإجبار صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل . قال الزركشى : وينبغى تقييد القولين بمطلق التصرف ، فلو كان لمحجور عليه ومصلحته فى العمارة وجب على وليه الموافقة . ولا يخفى أن محلهما فى غير الوقف . أما هو فتجب على الشريك فيه العمارة ، فلو قال أحد الموقوف عليهم لا أعمر وقال الآخر أنا أعمر أجبر

لايجوز (قوله ويسند متاعا) وخرج بالجدار الانتفاع بأمتعة غيره كالتغطى بثوب له مدة لاتقابل بأجرة ولا تورث نقصا فى العين بوجه . ومن ذلك أخذ كتاب غيره مثلا بلا إذن فلا يجوز لما فيه من الاستيلاء على حق الغير بغير رضاه وهو حرام (قوله لايضر) أما مايضر فلا يجوز فعله إلا بإذن ، وعليه فلو أسند جماعة أمتعة متعددة وكان كل واحد منها لايضر وجملتها تضر فإن وقع فعلهم معا منعوا كلهم لأنه لا مزية لواحد منهم على غيره وإن وقع مرتبا منع من حصل بفعله الضرر دون غيره ومثله يقال فيما لو استندوا للجدار ومثل ذلك أيضا يقال فى الاستناد إلى أثقال الغير (قوله وإن منع المالك) والظاهر أنه يحرم على المانع ذلك لأن هذا مما يتسامح به عادة فالمنع منه محض عناد (قوله وكسقى نبات الخ) يؤخذ مما يأتى فى إعادة أحد الشريكين بالآلة المشتركة من المنع أنه لو أراد أحد الشريكين السقى هنا من ماء مشترك معاد لسقى ذلك النبات منه منع . ومما مر فى الأصول والثمار أنه لو أراد أحدهما السقى بماء مملوك له أو مباح لم يمنع حيث لم يضر بالزرع فليراجع (قوله وجب على وليه) أى أما إذا كان الطالب ولىّ الطفل فلا يجب على شريكه الموافقة ، وكذا لو طلب ناظر الوقف من شريكه المالك لاتجب عليه موافقته ، وظاهره وإن أدى ذلك إلى ضياع الوقف ومال الطفل . وأجيب عن ذلك بأنه يجبر الممتنع على إجارة الأرض وبها يندفع الضرر . وبقى مالو كان شركة بين محجور عليه ووقف وتعارضت عليه مصلحتاهما فهل تقدم مصلحة الوقف أو المحجور عليه ؟ فيه نظر بخلاف مالو طلب بعض الموقوف عليهم العمارة من البعض الآخر فتجب عليهم الموافقة حيث كان فيه مصلحة للوقف (قوله أجبر) أى والحال أن الطالب والمطلوب منه مشتركان فى الوقف وهم مشتركون فى النظر لأن غير الناظر لاتطلب منه العمارة ولا يتأتى منه فعلها بغير إذن من الناظر ، أما إذا كان لشخص شركة فى وقف وطلب من الناظر العمارة وجب عليه الإجابة ، بخلاف عكسه كما أفاده شيخنا المؤلف كذا بهامش ، وفهم من قوله وطلب من الناظر أن غير الناظر من أرباب الوقف ولو مستأجرا لاتجب عليه العمارة وإن أدى عدم عمارته إلى خراب

يعنى قوله بل ينبغى الخ (قوله فى مسئلة العلو) يعنى إذا كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر فانهدمت وطلب صاحب العلو من صاحب السفل أن يعيد سفله ليبنى عليه فإن القولين يجريان فيها كما صرحوا به لكن الشارح لم يذكرها قبل (قوله قال الزركشى) وسبقه إليه شيخه الأذرعى جازما به من غير بحث (قوله فتجب على الشريك)

الممتنع عليها لما فيه من بقاء عين الوقف ، وفى غير ذلك يجبر الممتنع على إجارة الأرض المشتركة وبها يندفع الضرر (فإن أراد) الشريك (إعادة منهدم بآلة لنفسه لم يمنع) ليصل إلى حقه بذلك وينفرد بالانتفاع به ، وشمل كلامه مالوكان الأس مشتركا وهو المنقول المعتمد خلافا للبارزى لأن له غرضا فى وصوله إلى حقه ولتقصير الممتنع فى الجملة ولأن للبانى حقا فى الحمل غليه فكان له الإعادة لأجل ذلك سواء أكان له عليه قبل الانهدام بناء أو جذوع أم لا (ويكون المعاد) بمال نفسه (ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء) لأنه بآلته ولا حق لغيره فيه ، نعم لوكان للممتنع عليه حمل فهو على حاله (ولو قال الآخر لاتنقضه وأغرم لك حصتى لم تلزمه إجابته) كما لايلزمه ابتداء العمارة ، ولو أنفق على البئر أو النهر لم يكن له منع الشريك من الانتفاع بالماء إلا إن أداره بنحو دولابه المحدث (وإن أراد إعادته بنقضه المشترك فللآخر منعه) كسائر الأعيان المشتركة وأفهم كلامه جواز الإقدام عليه عند عدم المنع . قال فى المطلب : إنه المفهوم من كلامهم بلا شك ، والنقض بكسر النون وضمها وجمعهما أنقاض قاله فى الدقائق (ولو تعاونا على إعادته بنقضه عاد مشتركا كما كان) سواء أتعاونا ببدنهما أم بإخراج أجرة لأنهما مستويان فى العمل والجدار والعرصة ، فلو شرط زيادة لم يصح (ولو انفرد أحدهما) بالإعادة بالآلة المشتركة (وشرط له الآخر زيادة) على حصته كسدس (جاز وكانت) الزيادة (فى مقابلة عمله فى نصيب الآخر) ومحل هذا إذا جعل له الزيادة من النقض والعرصة حالا فإن شرطه بعد البناء لم يصح لأن الأعيان لاتؤجل ، قاله الإمام كما لو شرط للمرضعة جزء من الرقيق المرتضع ، ولو أعاده بآلة أحدهما وشرط له الآخر ثلثى الجدار جاز ويكون قد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله بسدس العرصة المبنى عليها ، قال الرافعى : ولا يخفى ، أن شرط الصحة

الوقف (قوله وفى غير ذلك) أى الأرض الموقوفة (قوله بآلة لنفسه) هذا مفروض فى الجدار فلو اشترك اثنان فى دار انهدمت وأراد أحدهما إعادتها بآلة نفسه فإنه يمنع من ذلك كما هو مذكور فى شرح الإرشاد لابن المقرى اهـ زيادى وسم على منهج نقلا عن مر . وينبغى أن مثل الدار المذكورة مالو كان بينهما حش مشترك وأراد أحدهما إعادته بآلة نفسه فلا يجوز لما قيل به فى الدار (قوله لم يمنع) ظاهره وإن لم يسبق امتناع من الشريك كما سيأتى فى كلامه فى قوله وأفهم كلامه جواز الخ ، لكن قيده حج بما إذا سبق الامتناع ، وإلا حرمت الإعادة وجاز للشريك تملكه بالقيمة أو إلزام المعيد النقض ليعيده مشتركا كما كان (قوله وينقضه إذا شاء) وظاهر إطلاقه أنه لايلزم المعيد أجرة الأس لشريكه ، ويحتمل خلافه حيث كان الأس يقابل بأجرة وهو الظاهر الذى ينبغى اعتماده (قوله فهو على حاله) أى من إعادته بعد إعادة الجدار ، ولو قيل بأنه ليس له ذلك لأنه إنما كان له الوضع على الأول لكونه مشتركا والمعاد مختص بالبانى لاحق لصاحب الحمل فيه لم يبعد (قوله ولو اتفق) أى أحد الشريكين (قوله لم يكن له منع الشريك الخ) أى وللبانى نقض البناء متى شاء لأنه ماكه إلى آخر مامر فى الجدار (قوله وأفهم كلامه) أى قوله فإن أراد إعادة منهدم الخ (قوله جواز الاقدام) خلافا لحج (قوله من الرقيق المرتضع) أى بعد الفطام ، أما حالا فيجوز (قوله ولو أعاده) محترز قوله بالآلة المشتركة (قوله أن شرط الصحة) أى فيما لو أعاده

أى الموقوف عليه بقرينة مابعده أى والصورة أن له نظرا كما لايخفى (قوله وفى غير ذلك يجبر الممتنع) انظر مامراده بذلك ، ولعل مراده به ما فى الروض وشرحه فلتراجع عبارتهما هنا (قول المصنف فلو أراد إعادة منهدم) يعنى خصوص الجدار فلا يجرى ذلك فى الدار ونحوها كما صرح به ابن المقرى فى تمشيته ونقله عنه الزيادى وغيره (قوله فى الحمل عليه) يعنى الجدار (قوله لأنهما مستويان) أى فالصورة أنهما مستويان فيما أخرجاه من الأجرة

العلم بالآلات وبصفات الجدران (ويجوز أن يصالح على إجراء الماء وإلقاء الثلج فى ملكه على مال) كحق البناء ، ومحل الجواز فى الثلج إذا كان فى أرض الغير لا فى سطح لما فيه من الضرر ، بخلاف الماء حيث يجوز فيهما هذا فى الماء المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه أو الحاصل إلى سطحه من المطر ، أما ماء غسالة الثياب والأوانى فلا يجوز الصلح على إجرائها على مال لأنه مجهول لاتدعو الحاجة إليه ، كذا قالاه تبعا للمتولى ، واعترضه البلقينى بأنه لامانع منه إذا بين قدر الجارى إذا كان على السطح وبين موضع الجريان إذا كان على الأرض والحاجة إلى ذلك أكثر من الحاجة إلى البناء فليس كل الناس يبنى ، وغسل الثياب والأوانى لابد منه لكل الناس أو الغالب

بآلة أحدهما الخ (قوله وبصفات الجدران) ولو قال لأجنبى عمر دارى بآلتك لترجع علىّ لم يرجع لتعذر البيع أو بآلتى لترجع على بما صرفته رجع به كأنفق على زوجتى أو غلامى وينبغى أن له مثل أجرة عمله فى الصورتين لأنه عمل طامعا اهـ حج . واستشكل سم عليه تعذر البيع هنا بعدم تعذره فيما لو أعاد الجدار أحد المالكين بآلة نفسه وشرط له الآخر ثلثى الجدار حيث صح وملك آلة المعيد ، ويمكن الجواب بأنه فى مسئلة الجدار إنما صح للعلم بالآلة وصفات الجدران كما قاله الرافعى ، وفى مسئلة الدار لم يعلم ذلك وعليه ، فلو علمت الآلات كقوله عمر دارى بآلتك هذه وعلم وصف البناء صح فالمسئلتان سواء ، هذا ولا منافاة بين هذا وما ذكر فى القرض من أن عمر دارى لترجع علىّ قرض حكمى لما صرفه على العمارة فيرجع به لأن ماذكر الآلة فيه لمالك الدار ، والذى يرجع عليه به هو ماصرفه فالعملة كأنهم وكلاء فى القبض وما هنا الآلة فيه لغير المالك ، وقوله لترجع علىّ : أى بثمن الآلات ، وقوله لتعذر البيع قال سم عليه لم يتعذر ، وفى هذا جمع بين بيع وإجارة اهـ . أقول : ويمكن أن يقال : إنما تعذر البيع لفقد شرطه وهو العلم بالمبيع ، فلا يتأتى فيه كونه بيعا حكميا وتعذرت الإجارة لعدم ورودها على منفعة معلومة لكونه لم ير ما يبنى به ولا علم قدره (قوله على إجراء الماء) ومنه الصلح على إخراج ميزاب إلى ملك غيره (قوله يجوز فيهما) أى الأرض والسطح (قوله إلى أرضه) قال حج : وخرج ماء نحو النهر من سطح إلى سطح فلا يجوز للجهل بذلك مع عدم مس الحاجة إليه اهـ . وقضيته جواز إجراء ماء النهر من سطح إلى أرض ويشمله قول الشارح إلى أرضه (قوله على إجرائها) أى لا فى سطح ولا أرض أخذا من العلة (قوله على مال) أفهم أن الصلح عليها بغير مال لايمتنع ويكون إعارة للأرض التى يصل إليها الماء وسيأتى فى كلامه (قوله لأنه مجهول) أى ولأنه يفعل عن اختيار بخلاف ماء المطر .

[فرع] قال صالحتك على إجراء المطر على سطح دارك كل سنة بكذا ، قال المتولى يصح ويغتفر الغرر فى الأجرة كما اغتفر فى المعقود عليه ويصير كالخراج المضروب ، قاله بر سم على منهج ، وقضيته أنه لو لم يحصل مطر فى بعض السنين لم يستحق له أجرة

[فرع] ماء المطر النازل فى المسجد هل يكون ملكا له أم لا ؟ فيه نظر ، وينبغى أن يقال : إن كان فيه مكان عدّ لجمعه فيه على وجه ينتفع به من يأتى المسجد كان ملكا له وإلا فلا ، ونقل بالدرس عن فتاوى حج مايوافقه

مثلا ، وعبارة التحفة : ببدنهما أو بأجرة أخرجاها بحسب ملكيهما فلتراجع (قوله لأنه مجهول لاتدعو الحاجة إليه) أى وماء المطر وإن كان مجهولا إلا أنه تدعو الحاجة إليه فهو عقد جوّز للحاجة كما قالوه (قوله واعترضه البلقينى) هذا فى الحقيقة تقييد لكلام الشيخين لا اعتراض إذ كلامهما مفروض فى أنه مجهول الذى هو الغالب

وهو بلا شك يزيد على حاجة البناء ، فمن بنى حماما وبجانبه أرض لغيره فأراد أن يشترى منه حق ممر الماء فلا توقف فى جواز ذلك بل الحاجة إليه أكثر من حاجة البناء على الأرض ، فلعل مراد المتولى من ذلك حيث كان على السطح ولم يحصل البيان فى قدر مايصب وشرط المصالحة على إجراء ماء المطر على سطح غيره أن لايكون له مصرف إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره ، قاله الأسنوى : ويجوز ذلك فى الأرض المستأجرة ونحوها كما قاله سليم فى التقريب وغيره ، قال : لكن يعتبر هنا أمران : التأقيت لأن الأرض غير مملوكة فلا يمكنه العقد عليها مطلقا ، وأن يكون هناك ساقية لأنه ليس له إحداث ساقية فيها ابتداء ، وقد علم مما تقرر أن للموقوف عليه إذا كان ناظرا مصالحة غيره على إجراء ماء فى ساقية محفورة بالأرض المحفورة لا ليحفر فيها ساقية ، وعلى إجرائه على سطح الدار الموقوفة إن قدر بمدة معلومة لا مطلقا لحق البطن الثانى ، نعم إن صالح بلا مال جاز وكان عارية قال العبادى : ولو أذن صاحب الدار لإنسان فى حفر بئر تحت داره ثم باعها كان للمشترى أن يرجع كالبائع ، قال الأذرعى : وهذا صحيح مطرد فى كل حقوق الدار كالبناء عليها بإعارة أو إجارة انقضت ثبت للمشترى ما ثبت للبائع اهـ . ولو بنى على سطحه بعد العقد مايمنع نفوذ ماء المطر نقبه المشترى والمستأجر لا المستعير ، ولا يجب على مستحق إجراء الماء فى ملك غيره مشاركته فى العمارة له إذا انهدم ولو بسبب الماء ، وأما الأرض فلاحاجة فى العارية لها إلى بيان لأنها يرجع فيها متى شاء وهى تحمل ماتحمل ، وإن استأجرها لإجراء الماء فيها وجب بيان موضع الجراة وطولها وعرضها وعمقها وقدر المدة ، وظاهر كلامهم إبقاء ذلك على عمومه سواء أكانت الإجارة مقدرة بمدة أم لا ،

فراجعه ، وينبغى أن مثل هذا ماوقع السؤال عنه وهو أنه يقع كثيرا أن تبنى الصهاريج بجانب الخليج الحاكمى ويجعل لها طاقات بقصد أن تملأ منه إذا جاء الماء ويفعل كذلك ، فبدخول الماء فيها يصير ملكا لمن قصد ذلك ولا يكون باقيا على إباحته بل يتصرف فيه بما أعده الواقف له (قوله فى الأرض المستأجرة) أى أو السطح أخذا مما يأتى فى قوله وعلى إجرائه على سطح الدار الموقوفة (قوله المحفورة) صوابه الموقوفة (قوله نعم إن صالح) محترز قوله أولا أما ماء غسالة الثياب والأوانى فلا يجوز الخ ، وكان الأولى أن يقول أما إن صالح بلا مال الخ (قوله ثم باعها) أى الدار (قوله كالبائع) أى حيث أذن له مجانا ، فلو كان أذن له ببيع أو أجرة فليس ذلك ، وإذا رجع تخير بين طمه وأرش نقصه وهو التفاوت بين كونه مبنيا منتفعا به وبين كونه مطموما خاليا من البناء وبين إبقائه بأجرة مثله وبين تملك مابناه بالقيمة (قوله ثبت) أى فيقال ثبت الخ (قوله بعد العقد) أى للبيع أو الأجرة أو العارية (قوله وأما الأرض) انظر ما الذى خرج به هذا فى كلامه ، والظاهر أنه كلام مستأنف ويقابله قوله الآتى وإن استأجرها لإجراء الماء فيها الخ ، وكان الأولى أن يقول وإن أعار الأرض فلا حاجة فيه الخ (قوله وظاهر كلامهم) يتأمل هذا مع قوله قبل وقدر المدة ، إلا أن يقال مراده فى العمق والعرض والطول بقطع النظر

كما يصرح به تعليلهما المار فهما جاريان على الغالب (قوله فلعل مراد المتولى) بل الظاهر أنه مراده كما قدمته (قوله لكن يعتبر هنا أمران التأقيت) سيأتى أن التأقيت شرط حتى فى الأرض المملوكة (قوله لأنه ليس له إحداث ساقية فيها ابتداء) كأنه احترز به عما إذا أذن المالك فى ذلك : أى أو كان ما استأجر له الأرض يتوقف على الحفر فليراجع (قوله جاز) أى بلا تقدير مدة (قوله وأما الأرض الخ) هو تابع فى هذه العبارة لمتن الروض ، وهو لايناسب فرضه الكلام أولا فى الأرض والسطح معا وأما الروض فإنه ذكر حكم الإجراء على السطح وحده ، ثم أراد أن يبين الحكم فى الأرض فقال : وأما الأرض الخ فلتراجع عبارته (قوله سواء أكانت الإجارة مقدرة بمدة أم لا)

ويفرق بينه وبين نظيره فى بيع حق البناء بأنها إنما حملت على التأبيد فى مسئلة البناء عند عدم ذكر المدة لشدة الحاجة إلى دوامه وللتضرر بهدمه ، وليس للمستحق دخول الأرض من غير إذن مالكها إلا لتنقية نهر ، وعليه أن يخرج من أرضه مايخرجه من النهر ، وليس لمن أذن له فى إجراء ماء المطر على السطح طرح الثلج عليه ولا تركه إلى أن يذوب ويسيل إليه ، ومن أذن له فى إلقاء الثلج لايجرى المطر ولا غيره ، ولو كان يجرى ماء فى ملك غيره فادعى المالك أنه كان عارية قبل قوله كما أفتى به البغوى ، ولو صالحه على قضاء حاجة بول أو غائط أو طرح قمامة ولو زبلا فى ملك غيره على مال فهو عقد فيه شائبة بيع وإجارة ، وكذا عن المبيت على سقف ولمشترى الدار ما لبائعها من إجراء الماء لا المبيت ، ويجوز تحويل أغصان شجرة غيره وقد مالت إلى هواء ملكه ولو مشتركا وامتنع مالكها من تحويلها عن هوائه ، وله قطعها ولو بلا إذن قاض إن لم يمكن تحويلها ، وتقييد ابن عبد السلام ذلك بما إذا لم تنقص قيمتها بالقطع وإلا توقف على إذنه فيه نظر. قال البغوى : وله إيقاد نار تحتها وإن أدى إلى حرقها ، وفى إطلاقه نظر ، فيتعين حمله على حالة عدم تقصيره كأن عرضت ريح أوصلتها إليها ولم يمكنه طفيها ، وقول الأذرعى : إن مستحق منفعة الملك بوصية أو وقف أو إجارة كمالك العين فى ذلك صحيح ، وليس مبنيا على أن مالك المنفعة يخاصم كما لايخفى على المتأمل ، ولا يصح الصلح عن إبقاء الأغصان بمال لأنه اعتياض عن مجرد الهواء ، ولا عن اعتمادها على جداره مادامت رطبة وانتشار العروق وميل الجدار كالأغصان فيما تقرر ، وما ينبت بالعروق المنتشرة لمالكها لا لمالك الأرض التى هى فيها ، وحيث تولى نحو القطع بنفسه لم

عن تقدير المدة (قوله قبل قوله) أى حيث علم ابتداء حدوثه فى ملكه وإلا صدق خصمه أنه يستحق ذلك وكلام البغوى الموهم لخلاف ذلك من إطلاق تصديق المالك حمله الأذرعى على ما إذا علم حدوثه فى زمن ملك هذا المالك اه حج . وظاهر إطلاق الشارح تصديق المالك مطلقا والظاهر أنه غير مراد لما مر له فيما لو وجدت الجذوع أو نحوها فى أرض ولم يعلم سبب وضعها (قوله أو طرح قمامة) ولعل الفرق بين هذا وبين عدم صحة الصلح على ماء الغسالة أن الاحتياج إلى إلقاء القمامات أشد منه إلى إخراج ماء الغسالة (قوله لا المبيت) ولعل وجه ذلك شدة اختلاف أحوال الناس ، فقد لايرضى صاحب السطح بنوم غير البائع على ملكه لعدم صلاح المشترى منه بحسب مايعتقده صاحب الملك (قوله ولو مشتركا) أى بينه وبين أجنبى أو بينه وبين مالك الشجرة اه حج (قوله من تحويلها) أفهم أنه لايجوز له تحويلها ولا قطعها قبل امتناع المالك ، وعليه فلو فعل ذلك قبل الامتناع وحصل نقص فى الأغصان بالتحويل أو القطع ضمنه (قوله ولو بلا إذن قاض) معتمد (قوله فيتعين حمله الخ) معتمد (قوله وليس مبنيا) خالف فيه حج (قوله مادامت رطبة) لعل وجهه عدم العلم بمدة الرطوبة (قوله كالأغصان فيما تقرر) أى فيجوز لمن مال الجدار إلى ملكه ولو مشتركا كما مر هدمه . ومنه ميل جدار بعض أهل السكة المنسدة إليها فلغير مالك الجدار هدمه وإن كانت السكة مشتركة بين مالك الجدار وبين الهادم (قوله التى هى فيها)

الصواب حذفه وهو تابع للروض وشرحه فى هذا التقرير لكنه تصرف فيه بهذه الزيادة المضرة . والحاصل أن الروض ذكر أنه إذا أجر الأرض لإجراء الماء لابد من بيان موضع الساقية وحد طولها وعرضها وعمقها وقدر المدة . قال شارحه عقبه : إن كانت الإجارة مقدرة بها وإلا فلا يشترط بيان قدرها كنظيره فيما مر فى بيع حق البناء اه . ومراده بذلك إصلاح المتن وأن محل قوله وقدر المدة إذا أراد التقدير بها وإلا فالتقدير بها ليس بشرط . ثم قال : فإن بقى الكلام على عمومه : أى من اشتراط بيان قدر المدة مطلقا أشكل بذلك : أى ببيع حق البناء اه . والشارح هنا فرق إنما يأتى إلا أنه تصرف فى عبارة الروض وشرحه بما لا يصح ، على أن ماذكره هنا مخالف لإطلاق ماذكره أول السوادة فتأمل (قوله فى بيع حق البناء) الصواب حذف لفظ بيع (قوله مادامت رطبة)

يكن له أجرة إلا إن حكم على مالكها بالتفريغ ، ولو دخل الغصن المائل إلى هواء ملكه فى برنية ونبت فيها أترجة وكبرت قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية لاستحقاق قطعهما قبل ذلك، وإنما لم يذبح حيوان غيره إذا بلع جوهرة له لأن له حرمة ، قاله الماوردي والروياني ، ولو وصل غصنه بشجرة غيره كانت ثمرة الغصن لمالكه وإن كان متعديا . قال البغوى : ويقلع غصنه مجانا بخلاف غصن المأذون له لايقلع مجانا بل بأرش نقصه أو يبقيه بأجرة ، ولا منع من غرس أو حفر يؤدى فى المآل إلى انتشار العروق أو الأغصان وسريان النداوة إلى ملك غيره . قال ابن عبد السلام : ولو اشترى الدار فى أول انتشارها إليها ثم عظمت وأضرت لم يكن له طلب إزالتها لعلمه بأنها ستزيد كمن اشترى مجروحا عالما فسرى الجرح (ولو تنازعا جدارا بين ملكيهما فإن اتصل ببناء أحدهما بحيث يعلم أنهما بنيا معا فله اليد) لأن اتصاله أمارة ظاهرة على يده فيحلف ويحكم له مالم يقم بينة بخلافه ، ويتصور بأن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه فى جداره الخاص ونصف اللبنات من جداره الخاص فى المتنازع فيه ويظهر ذلك فى الزوايا ، ولا يحصل الرجحان بأن يوجد ذلك فى مواضع معدودة من طرف الجدار لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار بنزع لبنة ونحوها وإدراج أخرى ، وبأن يكون عليه أزج وهو العقد ، ولا يتصور إحداثه بعد تمام الجدار بأن أميل من مبتدإ ارتفاعه من الأرض كذا ، قاله الرافعى ومقتضاه أنه إذا أمكن إحداثه بأن يكون الميل بعد ارتفاع الجدار لايكون فيه ترجيح وبه صرح الماوردى والقاضى والإمام ، لكن قضية كلام القاضى أبى الطيب وصاحب التنبيه أنه يفيد الترجيح ؛ لأن الظاهر أن الذى بنى الأزج بناه ؛ وقول المصنف أنهما بفتح الهمزة وزعم كسرها لأن حيث لاتضاف إلا إلى جملة غفلة عن كونها معمولة ليعلم لا لحيث وبفرض كونها معمولة لحيث

أى فإن رضى المالك للأرض ببقائها فى ملكه فذاك وإلا فله قطعها (قوله إلا إن حكم على مالكها بالتفريغ) أى بأن رفع لقاض وحكم عليه بذلك ، فلو قطعها من انتشرت إلى ملكه استحق الأجرة (قوله وإنما لم يذبح) أى فيقال له إن لم تذبح وتخرج الجوهرة وإلا فادفع قيمتها إلىّ ويصدق الدافع فى قدر القيمة لأنه غارم (قوله ولا منع من غرس) هذا التفصيل يخالف ما اقتضاه إطلاقه فى إحياء الموات من أنه لافرق فى المنع حيث خيف الضرر بين الحال والمآل ، وعبارته ثم : وأفهم كلام المصنف أنه يمنع مما الغالب فيه الاخلال بنحو حائط الجدار كدق عنيف يزعجها وحبس ماء بملكه تسرى نداوته إليها ، إلا أن يقال : مافى إحياء الموات مفروض فى تصرف يؤدى إلى خلل فى ملك الغير ، وما هنا فى غرس يتولد منه انتشار العروق إلى ملك الغير بلا إخلال فى البناء (قوله فى أول انتشارها إليها) المتبادر من هذه العبارة أن أصل الشجرة بغير الدار المبيعة ، وعليه فيشكل عدم طلب الإزالة لأن المشترى ينزل منزلة البائع كما تقدم فى عموم قول الأذرعى ، وهذا صحيح مطرد فى كل حقوق الدار الخ ، إلا أن يجاب بأن الكلام هنا مفروض فيما لوكان البائع للدار هو مالك الشجرة واستثناها فهو قبل البيع يستحق ماتنتشر إليه عروقها ، فكأنه باعه مسلوب المنفعة مابقيت الشجرة (قوله لعلمه بأنها ستزيد) أى بحسب العادة الغالبة وإلا فقد تهلك (قوله فله اليد) من ذلك ماوقع السؤال عنه من أن خلوة بابها من داخل مسجد يعلوها بناء متصل ببيت مجاور للمسجد فادعى صاحب البيت أن هذا البناء موضوع بحق وهو قديم وبه علامات تشعر بكونه من البيت وادعى ناظر المسجد أن هذا بأعلى الخلوة من المسجد فكون باب الخلوة من المسجد يدل على أنها منه ويدل لذلك ماقالوه

أى لأنها تزيد والزيادة غير منضبطة (قوله إلا إن حكم على مالكها بالتفريغ) استشكله الشهاب سم بأنه لاوجه للوجوب بمجرد ذلك مع أن الشرع حاكم به وإن لم يحكم به حاكم . قال : ثم رأيت م ر استشكله بذلك ومال إلى حمله على ما إذا كان يرى وجوب الأجرة على التفريغ (قوله ويتصور) أى الاتصال المفيد للعلم المذكور (قوله ولا يتصوّر) الواو فيه للحال

لايتعين الكسر لأن الجملة التى يضاف لها حيث لايشترط ذكر جزأيها (وإلا فلهما) أى وإن لم يكن يحصل الاتصال المذكور بأن يكون منفصلا عنهما أو متصلا بهما مطلقا أو بأحدهما اتصالا يمكن إحداثه ، فاليد لهما لانتفاء المرجح ، وأفهم أنه لايحصل الترجيح بغير ذلك من نقش بظاهر الجدار كصور وكتابات متخذة من جص أو آجر أو غيره ولا طاقات ومحاريب بباطنه وتوجيه بناء ، كأن يبنى بلبنات مقطعة ويجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ومواضع الكسر إلى جانب ومعاقد قمط وهو حبل رقيق يشد به الجريد ونحوه ، وإنما لم يرجح بهذه الأشياء لأن كون الجدار بين الملكين علامة قوية فى الاشتراك فلا يغير بأسباب ضعيفة معظم القصد بها الزينة كالتجصيص والتزويق (فإن أقام أحدهما بينة) أنه له (قضى له) به لأن البينة مقدمة على اليد وتكون العرصة له تبعا (وإلا) أى وإن لم يقم أحدهما بينة بل أقامها كل منهما (حلفا) أى حلف كل على نفى استحقاق صاحبه للنصف الذى فى يده ، وأنه يستحق النصف الذى بيد صاحبه لأن كل واحد منهما مدعى عليه ويده على النصف فالقول قوله فيه كالعين الكاملة ، ولا بد أن يضمن يمينه النفى والإثبات كما فسرنا به كلام المصنف (فإن حلفا أو نكلا جعل بينهما) لظاهر اليد (وإن حلف أحدهما) ونكل الآخر (قضى له) بالجميع سواء أنكل عن يمين الإثبات أم النفى أم عنهما ، وإن حلف من ابتدى بيمينه ونكل الآخر حلف الأول اليمين المردودة وقضى له بالكل ، وإن نكل الأول ورغب الثانى فى اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفى للنصف الذى ادعاه الأول ويمين الإثبات للنصف الذى ادعاه هو فيكفيه يمين واحدة يجمع فيها النفى والإثبات كما علم من كلامهم ، وقول السبكى الظاهر أنه لو حلف أن جميعها له كفاه لأنه متضمن للنفى والإثبات فيه نظر لما مر فى التحالف أن اليمين لايكتفى فيها باللازم (ولو كان لأحدهما عليه جذوع لم يزجح) لأن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى الإجبار على الوضع فلا يترك المحقق بالمحتمل ، ولأن الجذوع كالأمتعة فيما لو تنازعا اثنان دارا بيدهما ولأحدهما أمتعة ، وعبر بالجذوع دون الجذع تبعا للمحرر لينص على خلاف أبى حنيفة فإن عنده الترجيح بالجمع دون الواحد ، وفى

من صحة الاعتكاف بها ، وحيث قضى بأنها للمسجد تبعها الهواء فلا يجوز البناء فيه ، وكون الواقف وقف الخلوة دون مايعلوها الأصل عدمه حتى لو فرض أن بأعلاها بناء هدم (قوله فاليد لهما) أشار بذكر اليد إلى أنه لايحكم بملكه لهما بل يبقى فى يدهما لعدم المرجح ، فلو أقام أحدهما بينة سلم له وحكم به له أو أقام غيرهما به بينة فكذلك (قوله ولا طاقات) ومنها مايعرف الآن بالصفف ومثلها الرفوف المسمرة وإن كان ذلك فى موضع جرت عادة أهله بأنه إنما يفعل ذلك صاحب الجدار المختص به أو من له فيه شركة (قوله لظاهر اليد) فيه مثل ماقدمنا (قوله كما علم من كلامهم) معتمد (قوله لم يزجح) أى لم يزجح صاحب الجذوع بمجرد وضع الجذوع ، أما لو انهدم الجدار وأعاده أحدهما مرة بعد أخرى مثلا أو كان يتصرف تصرف الملاك ثم نازعه الآخر فقال هو شركة بيننا أو هو لى خاصة صدق المتصرف تصرف الملاك حيث لابينة لواحد منهما أو لكل منهما بينة عملا بيده ، ومع تصديقه لاترفع جذوع مدعى الشركة أو الإختصاص لاحتمال أنها وضعت بحق (قوله بالجمع) وهو ثلاثة فما فوق أخذا

(قوله وتكون العرصة) الظاهر أن مراده بها مايحمل الجدار من الأرض وهو الأس فليراجع (قوله بل أقامها كل منهما) الأصوب الإتيان بأو بدل بل كما هو كذلك فى التحفة (قوله وإن حلف من ابتدأ بيمينه الخ) عبارة التحفة : ثم إن كان المبدوء به هو الحالف حلف ثانيا اليمين المردودة ليقضى له بالكل أو الناكل فقد اجتمع الخ (قوله فقد اجتمع عليه يمين النفى الخ) فيه أنه قدم أنه لابد من الجمع المذكور فلا خصوصية لما هنا والشهاب حج إنما ذكر هذا لأنه قدم أنه يكفى فى حلف كل منهما إذا حلفا أن يقتصر على

الجذعين اختلاف رواية عنه . قال الماوردى : وإذا تحالفا أقرت الجذوع بحالها لجواز وضعها بحق ، وإن لم يملك الحائط فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش والإبقاء بالأجرة ، وهذا مفروض فى الجدار المشترك حملا لذلك على أضعف السببين وهو العارية ، بخلاف ما إذا كان لأجنبى فإنه يحتمل أنه كذلك . نعم قياس ماتقرر أنا إذا حكمنا بأن ذلك لهما تعين إبقاؤها بالأجرة ، قاله الفورانى ، والأوجه أنه لا قلع ولا أجرة أخذا بإطلاقهم إبقاءها بحالها فى تلك ، وفى كلام ابن الرفعة فى العارية عن جمع متقدمين فيما لو جهل أو وضعت بحق لازم مايدل له وأجراه فى الأجنحة المطلقة فى ملك الغير فى القنوات المدفونة تحت الأملاك . قال : وبه صرح العز بن عبد السلام فى قواعده والجلال البلقينى . قال : ولا رجوع له بأجرة فى المستقبل ، ولم يذكروه لجواز أن يكون الواضع استحق ذلك مؤبدا بطريق البيع ، وألحق بذلك مالو رأينا ساقية على فوهة بئر مشتركة بين أقوام وعليها بستانان وممر ماء الثانى فى أرض الأول فليس لمشتريه منع الإجراء فيه لأن الأصل أنه بحق فلا يزال بغير حق ولا أجرة له . وفى إحياء

من قوله وفى الجذعين الخ (قوله وإن لم يملك الحائط) أى بأن لم يحكم به لأحدهما بسبب التنازع ولكنه حكم له به بمقتضى اليد ليتأتى قوله فلمالك الجدار الخ ، وفى سم على منهج : وقوله أى شرح الروض فلمالك الجدار ، انظر هذا مع أنه حكم بأنه بينهما والشريك لايقطع حقه بالأرش ، ولعل مراده بمالك الجدار من يثبت له الجدار بعد ذلك بطريقه فليحرر ، وأطال فى استشكال ذلك فى حواشى حج فليراجع (قوله أنه كذلك) أى مدة تخيير مالك الجدار بين قلع الجذوع بالأرش والإبقاء بالأجرة (قوله ولا أجرة) أى وله إعادتها إذا سقطت أو انهدم الجدار ثم أعيد (قوله فى تلك) هى قوله ولو كان لأحدهما عليه جذوع (قوله فى ملك الغير) قال حج : محله حيث لم يعلم ابتداء حدوثها وإلا فيصدق الخصم فى أنه عارية ، وأن الإذن وقع منه بلا عوض فيخير بين التبقية بأجرة وقلعه وغرم أرش نقصه وتقدم أن إطلاق الشارح يخالفه .

النفى . واعلم أن الاكتفاء بالنفى هو مانص عليه الشافعى والذى اختاره الشارح قول مخرج من نصه فى المتبايعين (قوله وإن لم يملك الحائط) هو آخر كلام الماوردى جعله غاية فى جواز وضع الجذوع بحق كما يعلم بمراجعة القوت ، وقوله فلمالك الجدار قلع الجذوع الخ تفريعه على كلام الماوردى لايتمشى على الراجح الآتى ، وقوله وهذا مفروض : يعنى كلام الماوردى ، وهو معلوم لاحاجة للتنبيه عليه إذ وضع كلامه فيما إذا تحالفا ، وقوله حملا لذلك على أضعف السببين تعليل لقوله فلمالك الجدار قلع الجذوع الخ على مافيه ، وقوله بخلاف ما إذا كان لأجنبى محترز قوله وهذا مفروض الخ ، وأما قوله نعم قياس ماتقرر الخ فلم أفهم موقعه ولا ما أراد به ، والذى فى القوت عن الفورانى هو قوله فإن ثبت لأحدهما نزل على الإعارة لأنه أضعف الأسباب فيجوز القلع مع الأرش اهـ . وقوله والأوجه أنه لاقلع : أى فيما إذا كان الجدار لأجنبى إذ هو مقابل قوله فيه فإنه يحتمل أنه كذلك ، ويدل عليه بقية كلامه ، فقوله بعد فى تلك : أى فيما إذا كان الجدار لأجنبى . ومعلوم أن المشترك مثله فى ذلك بالأولى ، وقد نبه عليه هنا الشهاب سم وعبارته بعد كلام طويل ساقه اعتراضا على شرح الروض نصها : وحينئذ فالحاصل أنه إن جهل حال الجذوع قضى باستحقاق وضعها أبدا وامتناع القلع بالأرش سواء أكانت لأجنبى أم شريك وإن علم كيفية وضعها عمل بمقتضاها إلى آخر ماذكره . وبالجملة فكلام الشارح هنا فى هذا المقام لايكاد ينتظم ، وقد علمت مافيه (قوله والجلال البلقينى) هذا لايصح أن يكون من كلام ابن الرفعة لأن الجلال البلقينى بعده بكثير لأن والده السراج البلقينى تلميذ التقى السبكى الذى هو تلميذ ابن الرفعة ، فلعل قول

الموات مايشهد لذلك اه ملخصا. وفى القمولى : لو ملكا دارين وخشبب إحداهما بجدار الأخرى ولا يعرف كيف وضع فسقط الحائط لم يكن لصاحبه المنع من إعادتها فوقه وإن أعاده بآلته كما قاله الرويانى ، وكذلك ليس له نقضه وغرم أرش نقصها ولا أن يطالب بأجرة اه . وفى الروضة فى هذه الصورة أنه إذا انهدم الجدار فادعاه لم يكن له المنع من إعادتها فوقه بلا خلاف لأنا حكمنا بوضعها بحق وشككنا فى المجوّز للرجوع اه . وهذان صريحان فيما قدمناه ، وما أفتى به البارزى وجمع من أئمة عصره من أنه ليس لذى جدار به كوّة ينزل منها ضوء لدار جاره هدمه ولا سدها ، ونقله عن فروق الجوينى . وأجاب التاج الفزارى عما يقال : الهواء لايقابل بعوض فكيف يكون فتح هذه بحق بأنه قد يكون اشترى منه بعض الحائط وفتحه طاقة غير ظاهر لأن احتمال ذلك بعيد فليس نظير ماقدمناه فى الجذوع ، على أنه يحتمل أن يكون نزول الضوء من هذه الطاقة اتفاقا لا عن قصد ، بخلاف وضع الجذوع فإن ذلك لايتصوّر فيها (والسقف بين علوه) أى الشخص (وسفل غيره كجدار بين ملكين فينظر أيمكن إحداثه بعد العلو) بأن يكون السقف عاليا فينقب وسط الحائط وتوضع رأس الجذوع فى النقب ويوضع عليها ألواح أو غيرها فيصير البيت الواحد بيتين (فيكون) السقف (فى يدهما) لاشتراكهما فى الانتفاع به فإنه أرض لصاحب العلو وساتر لصاحب السفل (أولا) أى وإن لم يمكن إحداثه كالأزج الذى لايمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فى العلو (فلصاحب السفل) لاتصاله ببنائه ، ولو تنازعا أرضا ولأحدهما فيها بناء وغراس فالأوجه عدم الترجيح خلافا للقاضى الحسين ، وقوله لأن العادة لم تجر بإعارة الأرض لهما يرد بأنها جارية بالإجارة لذلك ، ولو تنازعا فى دهليز أو عرصة فمن الباب إلى المرقى مشترك بينهما والباقى للأسفل والسلم فى موضع الرقى للأعلى ولو لم يسمر لعود منفعته إليه كما نقله ابن كج عن الأكثرين ، وما نقل عن ابن خيران من أنه للأسفل كسائر المنقولات يرد بالفرق بينهما بما مر من التعليل وإن قال الشيخان إنه الوجه . أما غير المثبت بموضع الرقى فهو لمن هو فى ملكه وكالمثبت السابق المبنى من لبن أو آجر ولا شىء تحته ، فإن كان تحته بيت فهو : أى المرقى لا البيت الذى تحته بينهما ، أو موضع حبّ أو جرّة فالمرقى للأعلى عملا بالظاهر مع ضعف منفعة الأسفل

[فرع] موقوفات على جهات مختلفة ، هل يجوز أن يعمر من ريع بعضها البعض الآخر ؟ ينبغى أن يجوز حيث كان الوقف وفقا واحدا وإن اختلفت جهاته ومصارفه ، ثم رأيت مر جزم بذلك وقرره فليراجع ، وانظر ما المراد بكونه واحدا هل باتحاد الواقف فقط أو مع اتحاد عقد الوقف اه سم على منهج . أقول : الذى يظهر الثانى (قوله فيما قدمناه) أى قوله والأوجه أنه لا قلع ولا أجرة (قوله وأجاب) اعتراضا على البارزى (قوله غير ظاهر) أى فله سد الكوّة وإن منع الضوء عن جاره (قوله فإن ذلك) أى كونه اتفاقا (قوله ولو تنازعا) أى مالك علو وسفل (قوله وقوله) أى القاضى الحسين (قوله والسلم) أى المثبت أخذا من قوله الآتى أما غير المثبت ومن قوله أيضا وكالمثبت السابق ، ولعل لفظة المثبت سقطت من قلم الناسخ ، وقوله ولو لم يسمر معناه سواء أسمر أو لم يسمر لكنه مثبت بنحو حفر لأسفله فى الأرض أو إلصاق له بها نحو طين ، ووقع السؤال عن حاصل

الشارح والجلال البلقينى مبتدأ خبره جملة قال الخ فليراجع (قوله وإن لم يمكن إحداثه) كان المناسب أن يقول أولا يمكن ذلك كما فى التحفة (قوله فى موضع الرقى)) سيأتى محترزه فى بقية السوادة ويأتى التنبيه عليه (قوله أما غير المثبت بموضع الرقى) أى بأن كان موضوعا بمحل غير محل الرقى وهذا محترز قوله والسلم فى موضع الرقى ، وعبارة شرح الروض : فإن كان غير المسمر فى بيت للأسفل فهو فى يده ، أو فى غرفة للأعلى ففى يده .

ويجوز لصاحب العلو شريكا كان أو أجنبيا وضع أثقال معتادة على السقف وغرز وتد به على مارجح وفيه وقفة ، وللآخر تعليق معتاد به ولو بوتد يتده لأنا لو لم نجوز ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع ، بخلاف نحو الجدار كما مر اتباعا للعرف ، ولأن الأعلى هنا ثبت له الانتفاع قطعا فثبت للأسفل تسوية بينهما ، وثم لم يثبت لأحدهما فلم يثبت للآخر تسوية بينهما .

مجاور لبيت من الجهة القبلية ، ثم إن الخارج من الحاصل ليتوصل إلى الشارع يصير جدار المنزل عن يساره وفيه صورة باب مفتوح كأن يتوصل منه إلى مرحاض المنزل المذكور ، والحال أن المنزل محيط بالمرحاض من جهاته الأربع ، وأن الحاصل والمنزل كانا ملكين لشخص واحد فباع المنزل أولا والحاصل ثانيا ، فهل يحكم بالمرحاض للمنزل لدخوله فى حدوده الأربع ولا عبرة بعلامة الباب التى بطريق الحاصل ، أو يحكم به للحاصل بمجرد هذه العلامة ، وإن تصرف صاحب المنزل فى المرحاض المدة الطويلة كبائعه الذى اشترى المنزل منه ، وإذا حكم بالمرحاض لصاحب المنزل ودل الكشف على خلافه يعول على الكشف أولا لأن أربابه إنما يراعون الأمور العرفية لا الشرعية . والجواب عنه : الحمد لله وحده حيث كان الحاصل والمنزل فى الأصل فى ملك شخص واحد حكم بأن كل مايحتوى عليه المنزل أو الحاصل ملك لمالك الجملة ، فإذا باع المنزل وحده دخل فيه كل ماهو من حقوقه ومرافقه ، ومن جملتها المرحاض والباب المذكوران لاشتمال المبيع عليهما ، وإذا باع الحاصل وحده لم يدخل فيه ماكان من مرافق البيت ويختص كل من المشترين بما يرتفق به فيما اشتراه ، وحينئذ فلا حق لصاحب الحاصل فى المرحاض ولا فى شيء من توابعه لشمول اسم البيت المبيع للمرحاض على الوجه السابق ، ويمنع من يتعرض لمشترى المنزل المذكور فيما بيده إذ الحق فيه لصاحب المنزل والحالة ماذكر ، ولا يعول على مايقوله المهندسون وأرباب الخبرة بمثل هذا الأمر اعتمادا على قرائن اعتادوها كالطاقات ونحوها . وغاية أمرهم أنهم فى هذا المقام عولوا على وجود الباب وجعلوه علامة على أن صاحب الحاصل يستحق المرور إلى المرحاض من ذلك وجعلوا استحقاقه علامة على ملكه له ومثله باطل لايعول عليه ، والله أعلم (قوله ويجوز لصاحب العلو الخ) معتمد .

كتاب الحوالة

بفتح الحاء أفصح من كسرها من التحوّل والانتقال . وفى الشرع : عقد يقتضى نقل دين من ذمة إلى ذمة ، وقد تطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى . والأصل فيها قبل الإجماع ماصح من قوله صلى الله عليه وسلم « مطل الغنىّ ظلم ، وإذا تبع أحدكم على ملىء فليتبع » وتفسره رواية البيهقى « وإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل » ويؤخذ منه صراحة ما فى الخبر فى الحوالة ، إذ هو رديفها ، وهى بيع دين بدين جوّز للحاجة لأن كلا ملك بها مالم يملكه قبل ، فكأن المحيل باع المحتال ماله فى ذمة المحال عليه بما للمحتال فى ذمته : أى الغالب عليها ، ومقتضى كونها

كتاب الحوالة

(قوله من التحوّل) أى هى فى اللغة مأخوذة من التحوّل الخ (قوله والانتقال) عطف تفسير (قوله وقد تطلق على انتقاله) أى الذى هو أثر العقد المذكور ، وهذا المعنى الثانى هو الذى يرد عليه الفسخ والانفساخ (قوله على ملىء) ع هو بالهمز مأخوذ من الامتلاء صرح بذلك الأزهرى فى شرحه ألفاظ مختصر المزنى ونبه على أن المطل إطالة المدافعة اه . ومنه يستفاد أن المحكوم عليه فى الحديث بالظلم من اتصف بهذا لا من امتنع مرة أو مرتين وإن كان عاصيا فلا يفسق بذلك اه سم على منهج . وعبارة الزيادى : فأما المدافعة مرة واحدة فلم تدخل فى الحديث حتى يستدل به على أنها فسق وإن كانت معصية . ومفهومها أن المرتين داخلتان فى الحديث فتأمل . والظاهر أن هذا المفهوم غير مراد كما أفاده كلام سم السابق ، هذا وينبغى أن مثل تكرر المطالبة بالفعل مالودلت قرينة على تكرر الطلب من الدائن ، وهذا كله فى دين المعاملة أما دين الإتلاف فيجب دفعه فورا من غير طلب ، وقوله فلا يفسق بذلك مفهومه أنه إذا تكرر الامتناع ثلاث مرات فسق ، ومحله إن لم تغلب طاعاته على معاصيه لأن مجرد الامتناع صغيرة ، هذا وقد قال حج : ويؤخذ من قوله « مطل الغنىّ ظلم » أنه كبيرة لأنه جعله ظلما فهو كالغصب فيفسق بمرة منه ، قاله السبكى مخالفا للمصنف فى اشتراطه تكرره نقلا عن مقتضى مذهبنا إلى آخر ماذكره (قوله فليتبع) بتشديد التاء أو سكونها اه حج (قوله صراحة ما فى الخبر) وهو الاتباع كأن يقول العارف بمدلول اللفظ اتبعك على فلان بمالك علىّ من الدين (قوله بدين) أى فلا بد لصحتها من الإيجاب والقبول ، ولا بد فى الإيجاب أن لايكون بلفظ البيع كما يأتى . وقياسه أن لايكون القبول بلفظ الشراء ، فلو قال اشتريت مالك على زيد من الدين بمالى عليك لم يصح وإن نوى به الحوالة (قوله جوّز) ولهذا لم يعتبر التقابض فى المجلس وإن كان الدينان

باب الحوالة

(قوله أى الغالب عليها) أى أنها بيع دين بدين وإلا فهى مشتملة على الاستيفاء أيضا . قال الأذرعى : وقد اختلف أصحابنا فى حقيقة الحوالة هل هى استيفاء حق أو إسقاطه بعوض أو بيع عين بعين تقديرا أو بيع عين بدين أو بيع دين بدين رخصة ؟ وجوه أصحها آخرها وهو المنصوص ، واختار القاضى الحسين والإمام ووالده والغزالى القطع باشتمالها على المعنيين الاستيفاء والمعاوضة وإنما الخلاف فى أيهما الغالب اه

بيعا صحة الإقالة فيها وهو ما أفتى به البلقيني أخذا من كلام الخورزمى ، وهو مردود بتصريح الرافعى أول الفلس فى أثناء تعليل بامتناعها فيها ، وجرى عليه المتولى والقمولى والسبكى ومقتضاه أيضا اشتراط إسنادها لجملة المخاطب كما مرّ نظيره فى البيع ولو لمحجوره مثلا كأحلتك لابنتك على ذمتك بما وجب لها علىّ فيما لو طلقها على مبلغ فى ذمته مثلا ، بخلاف أحلت ابنتك بكذا إلى آخره كبعت موكلك ، ويعتبر لصحة الحوالة على أبيها أو غيره وجود مصلحتها فيها والعلم بقدر مالزمه لها بها . ولها أركان محيل ومحتال ومحال عليه ودين للمحيل على المحال عليه وللمحتال على المحيل وإيجاب وقبول ، كأحلتك على فلان بكذا وإن لم يقل بالدين الذى لك علىّ ولم ينوه فهو صريح كما اقتضاه كلامهم خلافا للبلقيني ومن تبعه ، ولا يعارضه ما يأتى آخر الباب من تصديق نافى إرادة الحوالة لأنه صريح يقبل الصرف ، ولا يتعين لفظ الحوالة بل يكفى مايؤدى معناها كنقلت حقك إلى فلان أو جعلت ما أستحقه على فلان لك أو ملكتك الدين الذى عليه بحقك ، ولو قال أحلنى فكقوله بعنى ولا تنعقد بلفظ البيع ، ولو نواها

ربويين اهـ سم على منهج . قال ع : وإنما امتنعت الزيادة والنقصان لأنه ليس عقد مماكسة اهـ (قوله أخذا من كلام الخوارزمى) عبارة سم على منهج : اعتمد طب عدم صحة الإقالة فى الحوالة وهو منقول على جزم الرافعى ، وكذا اعتمده مر فى حاشيته على حج مايوافق مافى الشرح من رد إفتاء البلقيني (قوله بامتناعها فيها) معتمد اهـ سم على حج (قوله فى ذمته) أى فى ذمة أبيها فتجعل هذه طريقا فيما لو أراد ولىّ السفيهة اختلاعها على مؤخر صداقها حيث منعناه من ذلك لما فيه من التفويت عليها ، فالطريق أن يختلعها على قدر مالها على الزوج فى ذمته فيصير ذلك واجبا للزوج على الأب ودين المرأة باق بحاله فإذا أراد التخلص منه فعل ماذكر فتكون المرأة محتالة بمالها على الزوج على أبيها (قوله والعلم) أى ومنها العلم (قوله لزمه لها بها) أى بالحوالة ، وعبارة حج : وشرط فى صحة الحوالة على أبيها أو غيره أن تكون لها مصلحة فى ذلك ، ومنها أن يعلم منه أنه يصرف عليها ما لزمه لها بالحوالة اهـ. فقول الشارح والعلم الخ من عطف الخاص على العام ، وعبارتهما صريحة فى بطلان الحوالة إذا لم يعلم أنه يصرف مايتحصل منها عليها لانتفاء المصلحة ، وهلا قيل بصحة الحوالة له ويأثم بعدم الصرف لأنه حيث ثبتت له الولاية عليها كان مايحتال لها به عليه من جملة أموالها وعليه حفظها ومراعاتها ، وإنما ينعزل بارتكاب مايوجب الانعزال ومجرد عدم العلم بصرفه ماذكر لأيكون سببا للانعزال ، هذا وينبغى أن محل اشتراط ذلك إذا لم يكن الزوج يسىء عشرتها وتوقف خلاصه منه على البراءة فجعل الولى ذلك طريقا لإسقاط دينها عن الزوج .

[فرع] يقع الآن كثيرا أن الشخص يصير ماله على غيره لزيد مثلا ويحكم الحاكم بذلك ، وحكمه أنه عند الإطلاق يحمل على الحوالة ، فإن أريد خلاف ذلك أو علم إرادة خلاف ذلك لم يصح مر اهـ سم على منهج . وقوله يحمل على الحوالة : أى فإن كان ثم دين باطنا صحت الحوالة وإلا فلا (قوله محيل ومحتال) دخل فى المحيل والمحتال حوالة الوالد على نفسه لولده وعلى ولده لنفسه وهو صحيح مر سم على منهج (قوله ومن تبعه) أى حج فإنهم يقولون إنه كناية (قوله لأنه) أى ماهنا (قوله فكقوله بعنى) أى فيكون استيجابا قائما مقام القبول ، ومثله مالو قال احتل على فلان بمالك علىّ من الدين فقال احتلت أو قبلت فيكون استقبالا قائما مقام الإيجاب (قوله ولو نواها)

(قوله فى ذمته) أى الولى والظاهر أن حاصل المراد من ذلك آن الولى خالع على عوض فى ذمة نفسه وكان للزوجة دين على الزوج فأحالها به على مافى ذمة الولى من عوض الخلع فتأمل (قوله والعلم بقدر مالزمه) هذا لاخصوصية له بمسئلة المحجورة ، وعبارة التحفة : ومنها أى من المصلحة أن يعلم منه أنه يصرف عليها مالزمه لها بالحوالة اهـ. فلعل الصاد

على الأصح خلافا لبعضهم إذ الاعتبار فى العقود باللفظ لا بالمعنى (يشترط لها) أى لصحتها (رضا المحيل) لأن له إيفاء الحق من حيث شاء لكونه مرسلا فى ذمته فلم يتعين لقضائه محل معين (والمحتال) لأن حقه فى ذمته فلا ينتقل لغيره بغير رضاه لتفاوت الذمم والخبر المذكور للاستحباب وصرفه عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات ويعتبر لاستحباب قبولها كما بحثه الأذرعى أن تكون على ملىء وفىّ وكون ماله طيبا ليخرج المماطل ومن فى ماله شبهة ، ومراده بالرضا مامر من الصيغة وتنبيها على عدم وجوبها على المحتال وتوطئة لقوله (لا المحال عليه فى الأصح) فلا يعتبر رضاه لأنه محل الحق والتصرف كالرقيق المبيع ولأن الحق للمحيل فلم يتعين استيفاؤه بنفسه كما له أن يوكل والثانى يشترط رضاه بناء على أنها استيفاء (و) مر اعتبار وجود الدينين المحال به وعليه فحينئذ (لاتصح) ممن لادين عليه ولا (على من لا دين عليه) وإن رضى لعدم الاعتياض بناء على الأصح أنها بيع (وقيل تصح برضاه) بناء على أنها استيفاء (وتصح بالدين اللازم عليه) وإن كان سببهما مختلفا ككون أحدهما ثمنا والآخر أجرة ، ومراده باللازم مايشمل ذلك ولو مآلا بدليل قوله الآتى وبالثمن فى مدة الخيار ، والقول بأنه إنما حذفه لئلا يشمل حوالة السيد على مكاتبه بالنجوم غير صحيح إذ مال الكتابة لايلزم بحال ، ولابد مع كونه لازما وهو مالايدخله خيار من كونه مستقرا وهو مايجوز الاستبدال عنه فلا تصح بدين سلم

غاية (قوله باللفظ) أى غالبا (قوله لكونه) أى المحال به (قوله مرسلا) أى ثابتا فى ذمة المحيل : أى غير متعلق بشىء بخصوصه (قوله والمحتال) وشرطهما أهلية التبرع كسائر المعاوضات اهـ حج . وهو مأخوذ من كونها بيع دين بدين فلذلك لم يذكره الشارح ، ولعل المراد بأهلية التبرع إطلاق التصرف فإن المكاتب تصح حوالته والحوالة عليه بديون المعاملة مع أنه ليس أهلا للتبرع (قوله والخبر المذكور) دفع به مايقال اشتراط رضا المحتال ينافى مادل عليه الحديث من وجوب القبول بقوله فليحتل فإن اللام للأمر ومقتضاه الوجوب (قوله لاستحباب قبولها) أى الذى حمل عليه الحديث (قوله ومن فى ماله شبهة) أى إن سلم منها مال المحيل أو كانت الشبهة فيه أقل (قوله من الصيغة) أى لا الرضا الباطنى (قوله وتنبيها) أى وذكره الخ (قوله لاتصح ممن لا دين عليه) هل تنعقد وكالة اعتبارا بالمعنى أولا ، اعتمد مر عدم الانعقاد اعتبارا باللفظ فإن الغالب أنهم يرجحون اعتبار اللفظ اهـ سم على منهج (قوله ومراده باللازم) الأولى بقاؤه على حقيقته ، وهو مالا خيار فيه لأن الآيل إلى اللزوم فى صحة الحوالة به وعليه خلاف كما يأتى وما هنا مقطوع به ، ثم رأيت فى سم على حج مانصه : قوله وأراد الخ قد يقال بل أراد الظاهر بدليل إفراد القول المذكور فتأمله ، على أن إرادة ماذكر ينافيها قوله وهو مالايدخله خيار فتأمله وهو عين ماقلناه (قوله لئلا يشمل الخ) قد يقال : لامحذور فى شمول العكس اهـ سم على حج (قوله فلا تصح بدين سلم) سيأتى لنا فى الضمان صحة ضمان دين السلم اهـ سم على حج ، وعليه فالفرق بينهما أن الحوالة بيع فصحتها تؤدى

فى يصرف تحرفت على الشارح بالعين كما رأيته كذلك فى بعض النسخ فعبر عنها بما ذكره (قوله رضا المحيل والمحتال) قال والد الشارح نقلا عن المرعشى : قد يرد عليه مالو كان شخص ولى طفلين وثبت لأحدهما على الآخر دين فأحال الولى بالدين على نفسه أو على طفله الآخر فإنه يجوز ، ثم قال : ومحله إذا كان الحظ فيه فلو كان المحال عليه معسرا أو كان بالدين رهن أو ضامن لم يجز اهـ (قوله وتنبيها) انظر ماوجه نصبه ولعل الواو زائدة أو أنه معمول لعامل محذوف : أى ولينبه تنبيها (قوله بناء على أنها استيفاء) أى فكأن المحتال استوفى ماكان له على المحيل وأقرضه المحال عليه ويتعذر إقراضه من غير رضاه (قوله إذ مال الكتابة لايلزم بحال) قال الشهاب حج : هذا فاسد إلا إن أريد من جهة العبد (قوله وهو ما لايدخله خيار) لعل المراد من هذه العبارة مالم يكن موكولا إلى الخيرة أبدا

أو نحو جعالة ولا عليه لاما يتطرق إليه انفساخ بتلف مقابله ولا تصح بدين الزكاة كما نقله جمع عن المتولى واعتمدوه وكذا عليه إن قلنا بيع وهو ظاهر لعدم جواز الاعتياض عنها فى الجملة خلافا لمن جوّز حوالة الساعى بها على المالك إن كان النصاب تالفا لأن الحوالة بيع والساعى يجوز له بيع مال الزكاة. وأما الزكاة فنقلا عن المتولى امتناع حوالة المالك بها إن قلنا بيع وهو ظاهر أيضا وإن نازع فيه بعض الشارحين بأنها مع تعلقها بالعين تتعلق بالذمة لأن تعلقها بالذمة أمر ضعيف لايلتفت إليه مع وجود العين كيف والمستحق ملك جزءا منها وصار شريكا للمالك به فالأوجه عدم صحة الحوالة بها وعليها لذلك، ثم وصف الدين ولم يبال بالفاصل لأنه غير أجنبى بقوله (المثلى) كنقد وحبوب وقيل، لاتصح إلا بأثمان فقط، قاله فى الكفاية (وكذا المتقوّم) بكسر الواو (فى الأصح) لثبوته فى الذمة ولزومه، والثانى لا إذ المقصود من الحوالة إيصال الحق من غير تفاوت ولا يتحقق فيما لامثل له (و) تصح (بالثمن فى مدة الخيار) بأن يحيل المشترى البائع على ثالث (وعليه) بأن يحيل البائع إنسانا على المشترى (فى الأصح) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه إذ هو الأصل . والثانى لايصحان لعدم اللزوم الآن ، وعلى الأول يبطل الخيار بالحوالة بالثمن لتراضى عاقديها ولأن مقتضاها اللزوم فلو بقى الخيار فات مقتضاها ، وفى الحوالة عليه يبطل فى حق البائع لرضاه بها لا فى حق مشتر لم يرض ، فإن رضى بها بطل فى حقه أيضا فى أحد وجهين رجحه ابن المقرى وهو المعتمد ، ثم قال : فإن فسخ المشترى البيع اه . لايقال : هذا مخالف لعموم ماقالوه من كون الحوالة على الثمن لاتبطل بالفسخ لأنا

إلى الاعتياض عن المسلم فيه (قوله أو نحو جعالة) أى قبل الفراغ اه سم على حج .(قوله ولا تصح بدين الزكاة) أى بالدين الذى هو بدل الزكاة بأن يكون النصاب تالفا وقد تمكن من الإخراج قبل تلفه اه (قوله لعدم جواز الخ) قضية شرح الروض ونحوه كشرح العباب التعليل بهذا لما قبل كذا أيضا وفصله هنا له يفهم خلاف ذلك اه سم على حج . وقد يجاب عن الفصل بأنه لما نقل ماقبل كذا عن غيره جازما به لم يحتج لتوجيهه ، بخلاف مابعد كذا فليس اقتصاره فى التعليل على الثانية احترازا عن الأولى على أن الظاهر رجوع التعليل لكل منهما (قوله لعدم جواز الاعتياض عنها فى الجملة) كأن يخرج عن الذهب فضة أو عكسه ، وكأنه احترز به عما لو كان النصاب باقيا وأخرج من غيره من جنسه فإنه جائز وإن تعلق حق الفقراء بعين المال بناء على الأصح من أن الزكاة تتعلق بالمال تعلق الشركة (قوله فى الجملة) أى فى غالب الصور اه سم على حج (قوله وأما الزكاة) قسيم قوله دين الزكاة ، وصورته هنا أن يكون النصاب باقيا (قوله لذلك) أى لقوله والمستحق ملك جزءا منها الخ (قوله ولزومه) عطف بيان (قوله إذ هو) أى اللزوم (قوله وفى الحوالة عليه) أى الثمن (قوله لم يرض) أى بالحوالة صريحا فلا يسقط خياره بمجرد علمه بالحوالة وعدم الرد أو القبول (قوله بطل فى حقه) لايقال : هو لايشترط رضاه. لأنا نقول: لايلزم من عدم اشتراطه عدم وقوعه وحيث رضى به كأنه ألزم العقد (قوله فسخ المشترى البيع)

(قوله أو نحو جعالة) تمثيل لغير اللازم (قوله لا ما يتطرق) صوابه ما لايتطرق ، فلعل لفظ لا سقط من الكتبة (قوله لا مايتطرق إليه انفساخ) عطف على قوله مايجوز الاستبدال عنه ، وغرضه من ذلك دفع ماقيل إن ما أطلقه الشيخان فى اشتراط الاستقرار غير مستقيم لأن الأجرة قبل مضى المدة غير مستقرة ، وكذلك الصداق قبل الدخول والموت والثمن قبل قبض المبيع ونحو ذلك ، ومع ذلك تصح الحوالة بها وعليها (قوله ولا تصح بدين الزكاة) أى إن كان النصاب تالفا كما يعلم مما يأتى ، وسيأتى أن الزكاة : أى مع وجود النصاب كذلك (قوله فى الجملة) يعنى

نقول : الفسخ بالخيار مستثنى ولا بعد كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى فى ذلك وإن استبعده بعض المتأخرين لأن العقد مزلزل ، ولايشكل على صحة الحوالة فى زمن الخيار بما إذاكان الخيار للبائع أو لهما لأن الثمن لم ينتقل عن ملك المشترى فقد أجيب بأن البائع إذا أحال فقد أجاز فوقعت الحوالة مقارنة للملك وذلك كاف ، وما قيل من أن هذا مشكل بامتناع بيع البائع الثمن فى زمن الخيار إذاكان الخيار له رد بأنهم لما توسعوا فى بيع الدين بالدين توسعوا فى بيعه فيما ذكر (والأصح صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم) للزوم الدين من جهة المحتال والمحال عليه مع تشوف الشارع إلى العتق (دون حوالة السيد عليه) بالنجوم لأن له إسقاطها متى شاء بجواز الكتابة من جهته ، بخلاف دين المعاملة فتصح حوالة السيد به عليه ولا نظر إلى سقوطه بالتعجيز . والثانى يصحان . والثالث لايصحان (ويشترط العلم) من كل منهما (بما يحال به وعليه قدرا وصفة) وجنسا كما فهم بالأولى أو أراد بالصفة مايشمله كحلول وصحة وجودة وأضدادها لأن المجهول لايصح بيعه فلا يصح بإبل الدية ولا عليها للجهل بها ومن ثم لم يصح الاعتياض عنها (وفى قول تصح بإبل الدية وعليها) بناء على جواز الاعتياض عنها وهو ضعيف (ويشترط تساويهما) أى المحال به وعليه فى نفس الأمر وظن المحيل والمحتال وكأن وجه اعتبار ظنهما هنا دون نحو البيع الاحتياط للحوالة لخروجها عن القياس (جنسا) فلا تصح بدنانير على دراهم وعكسه لأنها معاوضة إرفاق كالقرض (وقدرا) فلا يحال بتسعة على عشرة وعكسه لما ذكر ويصح أن يحيل من له عليه خمسة بخمسة من عشرة له على المحال عليه (وكذا حلولا وأجلا) وقدر الأجل (وصحة وكسرا) وجودة ورداءة وغيرها من بقية الصفات (فى الأصح) إلحاقا لتفاوت الوصف بتفاوت القدر . والثانى إن كان النفع به للمحتال جاز وإلا فلا ، ولو أحال

أى بأن لم يرض بالحوالة وفسخ (قوله بطلت) أى الحوالة (قوله بما إذا كان) متعلق بيشكل لأنه بمعنى يعترض فعداه بالباء (قوله لأن الثمن) أى لأجل أن الخ (قوله لم ينتقل عن ملك المشترى) أى فليس للبائع على المشترى دين تصح الحوالة به أو عليه . وحاصل الجواب أنه يقدر لزوم العقد قبيل الحوالة ، وبه يستقر الدين (قوله فقد) الفاء بمعنى اللام أى لأنه قد الخ (قوله فيما ذكر) أى فى الحوالة بالثمن من البائع فى زمن الخيار مع كونه لم ينتقل إليه (قوله فتصح حوالة السيد به) للزومه من حيث كونه معاملة وبه يسقط ماقيل هو قادر على إسقاط كل منهما بتعجيزه لنفسه اهـ حج (قوله ويشترط العلم) هل المراد به مايشمل الاعتقاد أو الظن اهـ سم على حج . والظاهر أنه كذلك لما يأتى من أنه إذا أحاله فتبين أن لا دين بان بطلان الحوالة ، إذ لو اشترط لصحتها العلم لما تأتى ذلك (قوله للجهل بها) عبارة المحلى : للجهل بصفتها ، وكتب عليه ابن عبد الحق مانصه : قضيته أنها لو علمت صحت الحوالة بها وهو كذلك اهـ . وفيه وقفة لأن العلم بالصفة لايصيرها إلى حالة تتميز بها بحيث يرجع فيها إلى قول أهل الخبرة لأن غايته أن يعلم بالصفة أنها من نوع كذا وبمجرده لايكفى لصحة السلم فيها وذلك ليس إلا لعدم انضباطها (قوله وغيرها) لا يقال : هذا علم من قوله أولا كذهب وحلول الخ لأنا نقول : ذاك بيان لما قصد

فى غالب الصور كما فى الإيعاب (قوله كرهن وحلول الخ [1]) مثالان للصفة (قوله وقيمة) لعله محرف عن صحة فإن العبارة للتحفة وهى كذلك فيها وهى الصواب (قوله إن كان النفع به) أى التفاوت

---

(١) قول المحشى (كرهن وحلول) ليس موجودا بنسخ الشرح اهـ مصححه .

بمؤجل على مثله حلت الحوالة بموت المحال عليه ولا تحل بموت المحيل لبراءته بالحوالة ، وأفهم اقتصاره على ماذكر أنه لايضر التفاوت فى غيره ، فلوكان له ألف على اثنين متضامنين فأحال عليهما ليطالب من شاء منهما بالألف صح عند جمع متقدمين ويطالب أيهما شاء كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، وإن اختار السبكى تبعا للقاضى أبى الطيب خلافه لأنه كان يطالب واحدا فصار يطالب اثنين ، فلو أحاله ليأخذ من كل خمسمائة صح وبرئ كل منهما عما ضمنه ، ولا يؤثر فى صحة الحوالة وجود وثيقة بأحد الدينين كرهن أو ضامن . نعم ينتقل إليه الدين لا بصفة التوثق كما هو المنقول المعمول به ، وإنما انتقل للوارث بها لأنه خليفة مورثه فى حقوقه وتوابعها بخلاف غيره ، ويؤخذ مما تقرر عن جمع متقدمين ماصرح به بعضهم أن محل الانتقال لابصفة التوثق إذا لم ينص المحيل على الضامن وإلا لم يبرأ بالحوالة ، فإذا أحال الدائن ثالثا على المدين وضامنه فله مطالبة من شاء منهما وإن لم ينص له المحيل على ذلك ، وفى المطلب إن أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن فينبغى أن تصح وجها واحدا وينفك الرهن ، كما إذاكان له به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرأ الضامن لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضى براءة الأصل ، فكذلك يقتضى فك الرهن ، فإن شرط بقاء الرهن فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنها : أى ومن ثم لو شرط عاقد الحوالة رهنا أو ضمينا لم يصح كما جزم به صاحب الأنوار ورجحه الأذرعى وغيره ، لكن جزم ابن المقرى فى روضه بالجواز وحمله الوالد رحمه الله تعالى على اشتراطه على المحال عليه كما جزم بجواز شرطه عليه غير واحد ، والأول على المحيل إذ الدين المرهون به أو المضمون ليس عليه وهو كلام صحيح إذ الكلام فى كونه جائزا فلا يفسد به العقد أو غيره فيفسده لابالنظر لكونه لازما أولا فسقط القول بأنه شرط على أجنبى عن العقد (ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال والمحال عليه عن دين المحيل ويتحوّل حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) بالإجماع لأن هذا فائدتها ، وفهم منه مامر من عدم انتقال صفة التوثق

شمول الصفة له ، وهذا تفصيل له وتصريح بأنه لابد من تعلق العلم بكل واحدة منها على الأصح (قوله على مثله حلت) أى وحلّ الدين المحال به بموت الخ وإلا فالحوالة لاتتصف بحلول ولا تأجيل (قوله صح وبرئ كل منهما) أى بلا خلاف وإلا فهذه تعلم مما قبلها بالطريق الأولى (قوله وإلا) بأن نص لم يبرأ أى الضامن (قوله فإذا أحال الدائن الخ) تصوير لكيفية تنصيص المحيل على الضامن المذكور فى قوله ويؤخذ مما تقرر عن الخ (قوله على ذلك) أى مطالبة من شاء (قوله إن أطلق) أى المحيل (قوله لتعلق حقه) أى المحال (قوله أن تصح) أى الحوالة (قوله وجها واحدا) أى قطعا (قوله فإن شرط) أى المحيل (قوله رهنا) أى على المحيل كما يأتى ليكون تحت يد المحتال أو ضامنا لما أحيل به من الدين (قوله ليس عليه) أى المحيل بعد الحوالة لبراءة ذمته (قوله فلا يفسد به العقد) أى ومع ذلك لايلزم المحال عليه الوفاء به ، فلو فعل فينبغى أن يقال : إن علم بفساد الشرط وأنه لايلزمه صح الرهن ، وإن ظن صحة الشرط ولزومه له لم يصح أخذا مما مر للشارح قبيل فصل فى التزاحم على الحقوق المشتركة من أن العقود المنشأة على الشروط الفاسدة حكمها ماذكر من التفاصيل (قوله أو غيره) عطف على قوله

(قوله وإن اختار السبكى الخ) الذى فى التحفة أن السبكى إنما اختار الأول فليراجع (قوله كرهن) قال الشهاب سم : هذا يدل على اشتراط علمهما بالرهن وإن انفك بالحوالة كما يأتى فليراجع اهـ

لأنها ليست من حق المحتال ، ولو أحال من له دين على ميت صحت كما فى المطلب كالبيان وغيره وهو المعتمد ولو لم تكن له تركة فيما يظهر وقولهم الميت لا ذمة له : أى بالنسبة للالتزام لا للإلزام ولا يشكل بأن من أحال بدين به رهن انفك الرهن لأن ذاك فى الرهن الجعلى لا الشرعى كما لا يخفى ، إذ التركة إنما جعلت رهنا بدين الميت نظرا لمصلحته فالحوالة عليه لا تنفيه ، أو على تركة قسمت أولا لم تصح كما قاله كثيرون ، وإن خالف فى ذلك بعض المتأخرين لأن الحوالة لم تقع على دين بل على عين هى التركة ، ومن ثم لو كانت للميت ديون لم تصح أيضا فى أوجه احتمالين حكاهما الزركشى لانتقالها للوارث وعليه الوفاء . نعم إن تصرف فى التركة صارت دينا عليه فتصح الحوالة عليه ،

جائزا (قوله ولو أحال من له دين على ميت صحت) ويتعلق الدين المحال به على الميت بتركته إن كانت وإلا فهو باق بذمته ، فإن تبرع به أحد عنه برئت ذمته وإلا فلا .

[فرع] لو نذر المحتال عدم مطالبة المحال عليه صحت الحوالة والنذر وامتنع عليه مطالبته حتى يدفع من تلقاء نفسه من غير طلب ، وطريقه إن أراد الطلب أن يوكل فى ذلك ، وبقى ما لو حلف أو نذر أن لا يطالبه بما عليه فأحاله عليه شخص بدين له على المحيل هل له مطالبته لأن هذا دين جديد غير الذى كان موجودا عند الحلف والنذر أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول للعلة المذكورة ، فإن القرينة ظاهرة فى أنه لا يطالب بالدين الموجود . وفى سم على منهج . قال طب : وحوالة ناظر الوقف أحد المستحقين فى الوقف أو غيرهم ممن له مال فى جهة الوقف على من عليه دين لجهة الوقف لا تصح ، وما وقع من الناظر من التسويغ ليس حوالة بل إذن فى القبض فله منعه من قبضه ، ووافقه على ذلك رم قال : لأن شرطها أن يكون المحيل مدينا والناظر ذمته بريئة ، ولو أحال المستحق على الناظر بمعلومه لم تصح أيضا لعدم الدين على المحال عليه . قال : ولو أحال على مال الوقف لم يصح كما لو أحال على التركة لأن شرط الحوالة أن تكون على شخص مدين إلى آخر ما قاله انتهى . أقول : قوله بل إذن فى القبض قضيته أنه ليس لصاحب الوظيفة مخاصمة الساكن المسوغ عليه ولا تسمع دعواه ، وقوله والناظر ذمته بريئة يؤخذ منه أنه لو أخذ الناظر ما يستحقه المستحق فى الوقف : أى وتصرف فيه لنفسه صحت الحوالة عليه سم (قوله ولو لم تكن له تركة) أى ويلزم الحق ذمته (قوله وقولهم) مبتدأ خبره أى (قوله ولا يشكل) أى تعلقه بتركته المفهوم من قوله ولو لم تكن له تركة (قوله لا تنفيه) أى لا تنفى التعلق (قوله نعم إن تصرف) أى الوارث (قوله عليه)

(قوله لأنها ليست من حق المحتال) قال الشهاب سم : هذا يقتضى أن المخرج لحق التوثق التعبير بالحق ، وفى إخراجه بذلك بحث ويظهر أن المخرج له قوله إلى ذمة المحال عليه اهـ . وكأن وجه البحث منع إطلاق أن صفة التوثق ليست من حق المحتال إذا كان له حق التوثق أيضا كأن كان بدينه رهن فليتأمل (قوله ولو أحال من له دين الخ) يصح جعل من مفعولا وعلى ميت متعلقا بأحال والفاعل ضمير أحال ، ويصح أن يكون من فاعلا فعلى ميت وصف للدين لكن الأول أولى لقلة التقدير (قوله لا للإلزام) أى لا لأن لا يلزمها الغير (قوله ولا يشكل) يعنى بقاء التركة مرهونة بدين المحتال وكان عليه أن يذكره قبل الإشكال (قوله ومن ثم لو كانت للميت ديون الخ) عبارة التحفة : ومن ثم لو كان للميت ديون فللزركشى احتمالات أوجهها عدم الصحة أيضا اهـ . والشارح رحمه الله تعالى تصرف فيها بما ذكره فلم يصح له الاستنتاج (قوله نعم إن تصرف الخ) أى بأن حدث دين المحيل بعد التصرف بنحو رد بعيب وإلا فالتصرف باطل كما يعلم مما يأتى فى الفرائض ، ويجوز أن يكون مراده بالتصرف التصرف تعديا

وفيما إذا أحال على الميت لكل من المحيل والمحتال إثبات الدين عليه . أما الأوّل فلأنه مالك الدين . وأما الثانى فلأنه يدعى مالا لغيره منتقلا منه إليه فهو كالوارث فيما يدعيه من ملك مورثه فعلم صحة ما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى أن المحيل لو مات بلا وارث فادعى المحتال أو وارثه على المحال عليه أو على وارثه بالدين المحال به فأنكر دين المحيل ومعه به شاهد واحد حلف معه المحتال أن دين محيله ثابت فى ذمة الميت ويجب تسليمه إلىّ من تركته أو ثابت فى ذمته ولا أعلم أن محيلى أبرأه قبل أن يحيلنى ، ويسمع قول المحال عليه إن الدين انتقل لغائب قبل الحوالة فيحلف المحتال على نفى العلم إن لم يقم المحال عليه بينة بما ذكره . قال ابن الصلاح ولو طلب المحتال المحال عليه فقال أبرأنى المحيل قبل الحوالة وأقام بينة بذلك سمعت فى وجه المحتال وإن كان المحيل بالبلد اهـ . قال الغزى : وهو صحيح فى دفع المحتال . أما إثبات البراءة من دين المحيل فلابد من إعادتها فى وجهه (فإن تعذر) أخذ المحتال من المحال عليه (بفلس) طرأ بعد الحوالة (أو جحد وحلف ونحوهما) كموت (لم يرجع على المحيل) إذ هى عقد لازم لاينفسخ بفسخها فامتنع الرجوع ، كما لا رجوع له فيما لو اشترى شيئا وغبن فيه أو أخذ عوضا عن دينه وتلف عنده ولأنه أوجب فى الخبر اتباع المحال عليه مطلقا ، ولأنه لو كان له الرجوع لما كان لذكر الملاءة فى الخبر فائدة لأنه إن لم يصل إلى حقه رجع به فعلم بذكرها أن الحق انتقل انتقالا لا رجوع به ، وأن فائدة ذكرها حراسة الحق ، ولأنه بقبولها تضمن اعترافه بشروطها كما فى المطلب فلا أثر لتبين أن لا دين . نعم له تحليف المحيل أنه لايعلم براءة المحال عليه فى أوجه الوجهين ، وعليه فلو نكل حلف المحتال فيما يظهر وبان بطلان الحوالة لأنه حينئذ كرد المقر له الإقرار ، ومثل ذلك ما لو قامت بينة بأن المحال عليه وفى المحيل فتبطل الحوالة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، إذ التقصير حينئذ والتدليس جاء من قبل المحيل وإن زعم بعضهم رده ، ولو شرط الرجوع عليه بذلك بطل الشرط وكذا الحوالة فى أوجه ، الأوجه كما جزم به جمع لأنه شرط ينافى مقتضاها ، ولو تبين كون المحال عليه رقيقا لغير

أى الوارث (قوله إثبات الدين) أى حيث أنكره الوارث (قوله فلأنه مالك الدين) أى فى الأصل (قوله ومعه) أى المحتال (قوله إن الدين انتقل) أى بحوالة مثلا (قوله فى وجه المحتال) أى حضرته (قوله فلا بد من إعادتها فى وجهه) ثم المتجه أن للمحتال الرجوع بدينه على المحيل إلا إذا استمر على تكذيب المحال عليه . وقول ابن الصلاح قبل الحوالة صريح فى أنه لاتسمع منه دعوى الإبراء ولا تقبل منه بينته إلا إن صرح بأنه قبل الحوالة ، بخلاف مالو أطلق ، ومن ثم أفتى بعضهم بأنه لو أقام بينة بالحوالة فأقام المحال عليه بينة بإبراء المحيل له لم تسمع بينة الإبراء : أى وليس هذا من تعارض البينتين لما تقرر أن دعوى الإبراء المطلق والبينة الشاهدة به فاسدان فوجب العمل ببينة الحوالة لأنها لم تعارض اهـ حج (قوله طرأ بعد الحوالة) قيد به لأن حكم الفلس الموجود عند الحوالة يأتى فى كلام المصنف (قوله حراسة الحق) أى حفظه وبابه كتب (قوله نعم له) أى المحتال (قوله براءة المحال) أى قبل الحوالة بدليل مامر (قوله فلو نكل) أى المحيل (قوله وفى المحيل) أى قبل الحوالة (قوله بذلك) أى بسبب

(قوله مالك الدين) أى فى الأصل كما صرح به حج (قوله أن المحيل لو مات بلا وارث) قضيته أن المحتال لايحلف مع وجود المحيل أو وارثه فليراجع (قوله سمعت فى وجه المحتال) الظاهر أنه يرجع على المحيل ليتبين أن لاين فى الواقع فليراجع (قوله ولأنه أوجب) أى بالنظر لظاهر الخبر وإلا فهو للاستحباب كما مرّ (قوله أنه لايعلم) انظر لم لم يحلف على البتّ (قوله فتبطل الحوالة كما أفتى به الوالد) وقياس مامرّ فى دعوى البراءة أنه لابد من إعادة البينة فى وجه المحيل ليندفع .

المحيل فكما لو بان معسرا فلا خيار له بل يطالبه بعد العتق ، فإن بان رقيقا له لم تصح الحوالة (فلو كان) المحال عليه (مفلسا عند الحوالة وجهله المحتال فلا رجوع له) لتقصيره بترك البحث فأشبه ما لو اشترى شيئا وهو مغبون فيه (وقيل له الرجوع إن شرط يساره) ورد بأنه مع ذلك مقصر ، وأفهم كلامه صحتها مع شرط اليسار وأن الشرط باطل ، وعليه يفرق بينه وبين ما مر آنفا بأن شرط الرجوع مناف صريح فأبطلها ، بخلاف شرط اليسار فبطل وحده (ولو أحال المشترى) البائع (بالثمن فرد المبيع بعيب) أو تحالف أو إقالة بعد القبض للمبيع ولمال الحوالة (بطلت) الحوالة (فى الأظهر) لارتفاع الثمن بانفساخ البيع ، وإنما لم تبطل فيما لو أحالها بصداقها ثم انفسخ النكاح لأن الصداق أثبت من غيره ، ولهذا لو زاد زيادة متصلة لم يرجع فى نصفه بغير رضاها ، بخلاف المبيع فيرد البائع ماقبضه من المحال عليه للمشترى إن بقى وإلا فبدله ، فإن لم يقبضه امتنع عليه قبضه . والثانى لاتبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا فإنه لايبطل برد المبيع ويرجع بمثل الثمن ، وسواء فى الخلاف أكان رد المبيع بعد قبضه أم قبله وبعد قبض المحتال الثمن أم قبله (أو) أحال (البائع) على المشترى (بالثمن فوجد الرد) للمبيع بشىء مما ذكر (لم تبطل) الحوالة (على المذهب) لتعلق الحق هنا بثالث ، وهو الذى انتقل إليه الثمن فلم يبطل حقه بفسخ العاقدين كما لو تصرف البائع فى الثمن ثم رد عليه المبيع بعيب لايبطل تصرفه ، وللمشترى الرجوع على البائع إن قبض منه المحتال لا قبله ، والطريق الثانى طرد القولين فى المسئلة قبلها ، وفرق الأول بما مر ، ويؤخذ من الفرق أن البائع فى المسئلة الأولى لو أحال على من أحيل عليه لم تبطل لتعلق الحق بثالث وهو الأوجه (ولو باع عبدا) أى قنا ذكرا أو أنثى (وأحال بثمنه) آخر على المشترى (ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته) وقت البيع (أو ثبتت) حريته حينئذ (ببينة) شهدت حسبة أو أقامها القن ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان لأنهما كذباها بالمبايعة ، كذا فى

ذلك وهو الفلس والحجر (قوله فإن بان رقيقا له) أى للمحيل ، وقضيته الصحة فيما لو تبين رقيقا للمحتال ، وفيه نظر لأن السيد لايجب له على عبده شىء إلا أن يقال : لما كان ثابتا لغيره عليه اغتفر ذلك وبقى فى ذمته يطالبه به سيده بعد العتق وفيه مافيه (قوله مامر) أى فى قوله ولو شرط الرجوع الخ (قوله بعد القبض) مجرد تصوير لما يأتى بعد فى قوله وسواء فى الخلاف الخ (قوله ثم انفسخ النكاح) أى ويرجع عليها الزوج بالكل وبنصفه إن طلق قبل الدخول روض اهـ سم على منهج (قوله فى نصفه) أى الصداق (قوله فإنه لايبطل الخ) ضعفه ابن عبد الحق ، وعبارته قوله والثانى لاتبطل كما لو استبدل الخ الراجح فى هذا المقيس عليه البطلان فهو ضعيف مقيس على ضعيف (قوله على المذهب) كذا قطع به بعضهم وبه يتضح قوله الآتى والطريق الثانى طرد الخ (قوله بما مر) أى فى قوله لتعلق الحق هنا بثالث (قوله فى المسئلة الأولى) هى ما لو أحال المشترى البائع الخ (قوله أو أقامها القن الخ) وفى نسخة وهى الموافقة لما فى المنهج ما نصه : أو أقامها القن أو أحد الثلاثة ولم يصرح قبل إقامتها بأنه مملوك كما قالاه فى الدعاوى والبينات إذ إطلاقهما هنا محمول على ماذكراه ثم بطلت الحوالة : أى بأن عدم الخ

(قوله بعيب أو تحالف أو إقالة) أى أو خيار بالأولى ، وكأنه إنما حذفه لتتأتى له الإحالة فى الشق الثانى بقوله بشىء مما ذكر أو أن الرد بالخيار ليس من محل الخلاف (قوله بعد القبض الخ) الأصوب حذفه لأنه يوهم أنه تقييد لمحل الخلاف ، وليس كذلك كما سيأتى فى قوله وسواء فى الخلاف الخ (قوله بشى مما ذكر) أى من العيب والتحالف والإقالة . أما الخيار فقد قدم بطلانها فيه .

الروضة وهو المعتمد وإن صحح فى الأم خلافه إذا لم يكن الذى أقامها صرح بملك المبيع بل اقتصر على البيع ، على أن إطلاق الروضة يمكن حملها عليه ، وظاهر أن محل الخلاف إذا لم يذكر تأويلا فإن ذكره كأن قال كنت أعتقته ونسيت أو اشتبه على بغيره فينبغى سماعها قطعا كما لو قال لاشىء لى على زيد ثم ادعى أنه نسيه أو اطلع عليه بعد (بطلت الحوالة) أى بان عدم انعقادها لتبين أن لا بيع فلا ثمن ، وكذا كل مايمنع صحة البيع ككونه مملوكا للغير فيرد المحتال ما أخذه على المشترى ويبقى حقه فى ذمة البائع كما كان (وإن كذبهما المحتال) فى الحرية (ولا بينة حلفاه) أى لكل منهما تحليفه (على نفى العلم) بها ككل نفى لا يتعلق بالحالف ، وعلم مما قررناه أنه لا يتوقف الحلف على على اجتماعهما بل يحلف لمن استحلفه منهما ، أما البائع فلغرض انتفاء ملكه فى الثمن ، وأما المشترى فالغرض دفع المطالبة . نعم لو حلفه أحدهما لم يكن للثانى تحليفه فى أوجه احتمالين كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى خلافا لبعض المتأخرين إذ خصومتهما متحدة (ثم) بعد حلفه كذلك (يأخذ المال من المشترى) لبقاء الحوالة ثم بعد أخذ المال لا قبله يرجع المشترى على البائع كما اقتضاه كلامهما لقضائه دينه بإذنه الذى تضمنته الحوالة فلا نظر لقوله ظلمنى المحتال بما أخذه منى . وقال ابن الرفعة : إنه الحق لكن تعليله بأنه وإن أذن فيه لكنه يرجع بطريق الظفر مردود بأن الكلام فى الرجوع ظاهرا بحيث يلزمه به الحاكم لا فى الرجوع بالظفر ، أما إذا لم يحلف بأن نكل فيحلف المشترى على الحرية ويبطل بناء على الأصح أن اليمين المردودة كالإقرار (ولو) أذن مدين لدائنه فى القبض من مدينه ثم(قال المستحق عليه) وهو المدين الآذن لم يصدر منى إلا أنى قلت (وكلتك لتقبض لى وقال المستحق) وهو الدائن بل الصادر منك أنك (أحلتنى) فصار الحق لى (أو قال) المستحق عليه (أردت بقولى) اقبض منه أو (أحلتك) بمائة مثلا على عمرو (الوكالة) بناء على الأصح وهو صحة الوكالة بلفظ الحوالة ، وإنما خرج هذا من قاعدة ما كان صريحا لاحتماله ولهذا لو لم يحتمل صدق مدعى الحوالة قطعا كما يأتى (وقال المستحق بل أردت الحوالة صدق المستحق عليه بيمينه) إذ الأصل بقاء الحقين على ما كانا عليه مع كونه أعرف بنيته ولأنه اختلاف فى صفة الإذن ، ولو اختلفا فى أصل الإذن فالقول قوله ، فكذا إذا اختلفا فى صفته ، وبحلفه تندفع الحوالة ، وبإنكار الآخر الوكالة انعزل فيمتنع قبضه ، فإن كان قد قبض برئ الدافع له لأنه وكيل له أو محتال ويلزمه تسليم ماقبضه للحالف وحقه عليه باق : أى إلا أن توجد فيه شروط التقاص أو الظفر كما لا يخفى ، وإن تلف المال

(قوله وإن صحح فى الأم) هذا يقتضى تضعيف الحمل الآتى لكن الحمل موافق لما فى النسخة الأخرى وهو المعتمد (قوله لكل منهما تحليفه) أى حيث لم يحلفه الآخر كما يأتى (قوله خلافا لبعض المتأخرين) أى حج (قوله ثم بعد أخذ المال) قضيته أنه يشترط لرجوع المشترى على البائع أخذ المحتال حقه من المشترى ، وعليه فلو أبرأ المحتال المشترى لا رجوع له على البائع وهو ظاهر (قوله إنه الحق) أى الرجوع (قوله كما يأتى) أى فى قوله أما إذا قال أحلتك بالمائة التى لك على الخ (قوله مع كونه) أى المستحق عليه (قوله فالقول قوله) أى المدين (قوله إذا اختلفا فى صفته) وإن اقتضت الفساد كأن قال أردت أن تقبض مالى عليه لنفسك فإن القبض فى نفسه صحيح وللمأذون له باطل (قوله شروط التقاص) يتأمل فيه فإن التقاص إنما يكون فى دينين متوافقين جنسا وقدرا وصفة

(قوله قبل إقامتها [١]) أى أو صرح بالملك لكنه ذكر تأويلا كما فى نظائره قاله الشهاب ابن قاسم

---

(١) قول المحشى (قبل إقامتها) ليس موجودا بنسخ الشرح التى بأيدينا اهـ مصححه .

فى يده من غير تقصير لم يضمنه لأنه وكيل بزعم خصمه وليس له المطالبة بدينه لأنه استوفاه بزعمه ، وقال الخوارزمى تبعا للبغوى : يضمن لثبوت وكالته ، والوكيل إذا أخذ لنفسه يضمن أما إذا قال أحلتك بالمائة التى لك علىّ على عمرو فيصدق المستحق بيمينه قطعا إذ لايحتمل سوى الحوالة ومحل ذلك عند اتفاقهما على الدين كما أفاده بالمستحق والمستحق عليه فلو أنكر مدعى الوكالة الدين صدّق بيمينه فى المسئلتين (وفى الصورة الثانية وجه) أنه يصدق المستحق بيمينه بناء على المرجوح أنه لاتصح الوكالة بلفظ الحوالة لتنافيهما (وإن) اختلفا فى أصل اللفظ الصادر كأن (قال) المستحق عليه (أحلتك فقال) المستحق بل (وكلتنى) أو فى المراد من لفظ محتمل كاقبض أو أحلتك (صدق النافى بيمينه) إذ الأصل بقاء حقه فى ذمة المستحق عليه وبحلف المستحق اندفعت الحوالة فيأخذ حقه من المستحق عليه ويرجع هذا على المحال عليه ويظهر أثر النزاع فيما ذكر عند إفلاس المحال عليه وللمحال أن يحيل وأن يحتال من المحال عليه على مدينه ولو آجر جندى أقطاعه وأحال ، ببعض الأجرة على المستأجر ثم مات تبين بطلان الإجارة فيما بعد موته من المدة وبطلان الحوالة فيما يقابله . وتصح الإجارة فى المدة التى قبل موت المؤجر ، وتصح الحوالة بقدرها ، ولا رجوع للمحال عليه بما قبضه المحتال منه من ذلك ويبرأ المحيل منه . ولو أقام بينة أن غريمه الدائن أحال عليه فلانا لغائب سمعت وسقطت مطالبته ، فإن لم يقم بينة صدق غريمه بيمينه ولا يقضى بالبينة للغائب بأنها تثبت بها الحوالة فى حقه حتى لايحتاج إلى إقامة بينة إن قدم على أحد

وما هنا دين للمحتال على المحيل وما قبضه المحتال من المحال عليه بتقدير كونه وكيلا هو عين مملوكة للمحيل والعين والدين لاتقاص فيهما وشرط الظفر أن يتعذر أخذ المستحق ماله عند غيره كأن يكون منكرا ولا بينة عليه وما هنا وإن كان فيه دين للمحتال على المحيل ليس منكرا له فلم توجد فيه شروط الظفر ويمكن أن يجاب بحمل ماهنا على مالو تلف المقبوض من المحال عليه بتقصير من المحتال فيضمن بدله والبدل يجوز أن يكون من جنس دين المحتال وصفته فيقع فيه التقاص وبتقدير عدم تلفه فيجوز أن يتعذر أخذ دين المحتال من المحيل بأن لايكون به بينة فينكر أصل الدين فيجوز للمحتال أخذه بطريق الظفر (قوله كما أفاده) أى تعبيره اه حج (قوله النافى) أى للحوالة (قوله أقطاعه) أى مايجعل له فى مقابلة رزقه المعين له مافى مقابلة خدمته مثلا أما من انكسر له شى من الجامكية ثم عوضه السلطان مثلا قطعة أرض ينتفع بها مدة معينة فى مقابلة ماتجمد له فهو إجارة للأرض فلا ينفسخ بموته فلو آجرها لغيره ثم أحال على الأجرة استمرت الحوالة بحالها (قوله ببعض الأجرة) أو بكلها (قوله من المدة) أى ولو كان بها زرع للمستأجر بقى إلى أوان الحصاد بأجرة المثل .

(قوله ولم يصرح [1]) يصح رجوعه للعبد أيضا ، ولو فرض رجوعه لأحد الثلاثة فقط فمثله العبد إذ لافرق فتأمل ، قاله الشهاب سم أيضا (قوله والوكيل إذا أخذ لنفسه يضمن) وكأنه إنما لم يضمن على الأول مؤاخذة خصمه بإقراره فتأمل (قوله ومحل ذلك) يعنى مسئلتى المتن حيث يصدق المستحق عليه فى الأولى منهما قطعا وفى الثانية على خلاف ، ومراده أن محل التفصيل من حيث الخلاف فيما إذا اتفقا على أصل الدين ، أما لو أنكر مدعى الوكالة أصل الدين فهو المصدق فى المسئلتين قطعا ، وحينئذ فكان الأصوب أن يؤخر الشارح هذا عن قول المصنف وفى الصورة الثانية وجه ويقول عقب قوله فى المسئلتين قطعا ، وعبارة الأذرعى : وقول المصنف المستحق والمستحق عليه ، يشير إلى فرض المسئلة فيما إذا اتفقا على الدين كما فرضها الأئمة أما لو أنكر مدعى الوكالة الدين فى الحالة الأولى فيصدق بيمينه قطعا وكذا فى الثانية عند الجمهور إلى آخر ماذكره .

(١) قول المحشى (ولم يصرح) ليس موجودا بنسخ الشرح اه مصححه .

وجهين ، رجحه ابن سريج ، لكن الأوجه القضاء بها كما هو احتمال عند ابن الصباغ وتابعه عليه صاحب البحر لأنه إذا قدم يدعى على المحال عليه لا المحيل وهو مقرّ له فلا حاجة إلى إقامة البينة .

باب الضمان الشامل للكفالة

هو لغة : الالتزام ، وشرعا : يطلق على التزام الدين والبدن والعين الآتى كل منها وعلى العقد المحصل لذلك ، ويسمى ملتزم ذلك أيضا ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكفيلا وصبيرا . قال الماوردى : غير أن العرف خصص الأولين بالمال والحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس والصبير يعم الكل ، ومثله القبيل . وأصله قبل الإجماع الخبر الصحيح « الزعيم غارم » وأنه صلى الله عليه وسلم تحمل عن رجل عشرة دنانير ، وخبر الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ، فقال : هل ترك شيئا ؟ قالوا لا ، قال : هل عليه دين ؟ قالوا ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم ؛ قال أبوقتادة : صلّ عليه يارسول الله وعلىّ دينه ، فصلى عليه » لا يقال : لا دلالة فيه إلا على براءة الميت بالالتزام عنه لا على الضمان وإلا لكان المانع من الصلاة باقيا وهو اشتغال ذمته . لأنا نمنع هذه الدعوى إذ الضمان عنه لا يزيد على ما لو خلف تركة ، و ذلك لا يوجب براءة ذمته قبل القضاء

(باب الضمان)

(قوله الشامل) عبارة المحلى : ويذكر معه الكفالة ، وما سلكه الشارح مخالف له حيث جعل الكفالة قسما من الضمان هنا ، وصرح به بعد فى قوله وشرعا يطلق على التزام الخ ، وكأن المحلى جرى على كلام الماوردى القائل بتخصيص الضمان بالمال والكفالة بالبدن (قوله على التزام الدين) ولو منفعة (قوله والبدن) الواو بمعنى أو (قوله وعلى العقد المحصل) أى فالضمان يطلق على كلّ من الضمان والأثر وهو الحاصل بالمصدر . والفرق بين الحاصل بالمصدر ونفس المصدر أن الفعل لا بد من تعلقه بالفاعل والأثر المرتب عليه ، فهو مع ملاحظة التعلق الأول مصدر ومع ملاحظة التعلق الثانى اسم للمصدر ، ويسمى الحاصل بالمصدر (قوله خصص الأولين) عبارة حج : خصص الضمين بالمال ، قال : أى ومثله الضامن ففى نسبة الشارح الأوّلين للماوردى مسامحة (قوله بالمال) أى عينا كان أو دينا (قوله بالمال العظيم) ظاهره وإن كان دية (قوله ومثله) من كلام م ر (قوله الزعيم غارم) قال ع : لفظه العارية مؤداة : أى مردودة والزعيم غارم والدين مقضى : أى موفى اهـ سم على منهج (قوله لأنا نمنع هذه الدعوى) لا يفيد فى رد كلام السائل فإن حاصله أن الحكمة فى امتناعه عليه الصلاة والسلام من الصلاة عليه شغل ذمته ببقاء الحق ، فلو لم يحمل تحمل أبى قتادة عنه على البراءة لم تظهر الحكمة فى امتناعه من الصلاة عليه لأن الحق باق فى ذمته كما قبل التحمل (قوله إذ الضمان عنه الخ) سيأتى للشارح فى بقية حديث أبى قتادة ما نصه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأبى قتادة : هما عليك وفى مالك والميت منهما برئ ، فقال نعم ، فصلى عليه صلى الله عليه وسلم » ففيه تصريح ببراءة ذمة الميت ، وعليه فلا يندفع الإشكال بما أجاب به الشارح لكن سيأتى له الاعتذار بأن مراده بقوله برئ : أى فى المستقبل (قوله وذلك لا يوجب براءة ذمته قبل القضاء)

(باب الضمان)

(قوله على التزام الدين الخ) أى الذى هو أحد شقى العقد : أى الإيجاب ، وسيأتى أنه يطلق على مجموع الإيجاب والقبول ، وهذا نظير ما مر أول البيع أنه يطلق على ما يقابل الشراء وعلى العقد المشتمل عليهما ، وهذا

على أن الماوردى وغيره صرحوا بأن نفس المؤمن إنما تكون مرتهنة بدينه إذا لم يخلف وفاء وامتناعه من الصلاة عليه لأنها شفاعة وشفاعته مقبولة ونفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه . قال جابر : وكان ذلك فى ابتداء الإسلام وفى المال قلة . فلما فتح الله الفتوح قال صلى الله عليه وسلم « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، من خلف مالا فلورثته ، ومن خلف دينا أو كلا فكله إلىّ ودينه علىّ » ، فقيل يارسول الله وعلى كل إمام بعدك ؟ قال : وعلى كل إمام بعدى » رواه الطبرانى ومقتضاه وجوب قضاء دين الميت المعسر على كل إمام ، لكن الصحيح عند أئمتنا أن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم كعداته بدليل قضائها بعد وفاته فيحمل الخبر بتقدير صحته على تأكد ندب ذلك فى حق غيره ، ويؤخذ من خبر التحمل مع قولهم إنه معروف الآتى أنه سنة وهو كذلك فى حق قادر عليه أمن من غائلته . وأركان ضمان الذمة خمسة : ضامن ، ومضمون ، ومضمون له ، ومضمون فيه ، وصيغة وكلها تؤخذ من كلامه وبدأ بشرط الضامن فقال (شرط الضامن) ليصح ضمانه (الرشد) بالمعنى السابق فى الحجر لا الصوم فى قوله أو صبيان رشداء فإنه مجاز والاختيار كما يعلم مع صحة ضمان السكران من كلامه فى باب الطلاق ،

أى سواء خلف وفاء أم لا على ما اعتمده فى غير هذا الموضع ، وصرح به أيضا حج فى أول الرهن لا يقال : ما الحكمة فى حبس روحه إذا لم يخلف وفاء مع أنه فى حكم المعسر والمعسر لا يحبس فى الدنيا ولا يلازم لأنا نقول : أمر الآخرة يغاير أمر الدنيا ، فإن حبس المعسر فى الدنيا لا فائدة فيه لأنه لا يتوقع منه وفاء مادام محبوسا ، ويظن منه الوفاء إذا لم يحبس لأنه قد يكتسب مايستعين به على وفاء الدين . وأما الآخرة فالحبس فيها مجازاة له على بقاء الحق فى ذمته حفظا لحق صاحب الدين ويستوفى منه بأخذ الحسنات ورد السيئات فأشبه من له مال فى الدنيا فينتظر بحبسه حضور ماله ، وعليه فهو معقول المعنى (قوله أو كلا) أى عيالا (قوله كعداته) أى فإنه كان إذا وعد بشىء وجب عليه الوفاء به صلى الله عليه وسلم (قوله بدليل قضائها) أى العدات (قوله فى حق قادر عليه الخ) مفهومه أنه إذا فقد أحد الشرطين لا يسن وهل هو مباح حينئذ أو مكروه ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول (قوله من غائلته) ومنها : أن لا يكون مال المضمون عنه إذا ضمن بإذنه فيه شبهة سلم منها مال الضامن (قوله وأركان ضمان الذمة) إنما قيد بالذمة لقوله بعد ويشترط فى المضمون كونه ثابتا الخ وإلا فكونها خمسة لا يتقيد بذلك بل يجرى فى ضمان العين أيضا ، لكن هذا ظاهر على ما سلكه المحلى من أن قوله الآتى ثابتا صفة لدينا المحذوف . أما على ماسلكه الشارح من أنه حذف دينا ليعم الثابت العين والدين فلا يظهر هذا الجواب ، إلا أن يقال تسمح فأراد بضمان الذمة مايشمل ضمان العين تغليبا (قوله ليصح ضمانه) إنما قيد به لأن الضامن اسم ذات والشروط لا تتعلق بالذوات وإنما تتعلق بالأحكام ، وحيث روعيت الحيثية كان المعنى ويشترط لصحة الضمان الرشد (قوله الرشد) أى ولو حكما وقوله بالمعنى الخ ، قد يقال إنما يفيد ذلك فى دفع الاعتراض لو كان هذا المار فى المتن اهـ سم على حج . إلا أن يقال إن ذلك صار مرادا للفقهاء حيث عبروا بالرشد ، أو أنه أراد بالمعنى السابق فى الحجر قوله والرشد صلاح الدين والمال ، وقد يدل عليه قوله لا الصوم فإن فيه إشارة إلى أنه إنما احترز به عن شموله للصبى (قوله بالمعنى السابق) أى وهو عدم الحجر (قوله لا الصوم) وهو عدم تجربة الكذب من الصبى

أولى مما فى حاشية الشيخ مع مافيه كما يعلم بمراجعته (قوله حتى يقضى عنه) أى أو يضمن عنه : أى والصورة أنه لم يخلف وفاء على مامر (قوله على تأكد ندب ذلك فى حق غيره) لعله من مال نفسه وإلا فالظاهر أنه لا يجوز له ذلك من مال بيت المال فليراجع (قوله أمن من غائلته) الظاهر أن الضمير فيه للضمان : أى بأن يجد مرجعا إذا

فلا يصح ضمان محجور عليه بصبا أو جنون أوسفه ، ومرّ أن فى حكمه أخرس لايفهم ونائم ، وأن من بذّر بعد رشده ولم يعد عليه الحجر ومن فسق كالرشيد حكما ، وسيذكر ضمان المكاتب قريب فلا يرد على عبارته شيء خلافا لمن ادعاه ، وأيضا فلا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط إذ يتخلف لعوارض كما هنا ، وليس فى العبارة كل رشيد يصح ضمانه ، وقد زاد المورد على عبارته فقال : ينبغى له أن يزيد والاختيار وأهلية التبرع وصحة العبارة ، ولوادعى الضامن كونه صبيا أو مجنونا وقت الضمان صدق بيمينه إن أمكن الصبا وعهد الجنون ، بخلاف مالو ادعى ذلك بعد تزويج أمته فإنه يصدق الزوج كما دل عليه كلام الرافعى قبيل الصداق، إذ الأنكحة يحتاط لها غالبا ، فالظاهر وقوعها بشروطها ، وإن نظر فى ذلك الأذرعى بأن أكثر الناس يجهل الشروط ، والغالب على العقود التى ينفرد بها العوام الاختلال ،وسكتوا عما لو ادعى أنه كان محجورا عليه بالسفه وقت الضمان والأوجه إلحاقه بدعوى الصبا ، ويحتمل أن يقال : إقدامه على الضمان متضمن لدعواه الرشد فلا يصدق فى دعواه أنه كان سفيها بخلاف الصبا (وضمان محجور عليه بفلس كشرائه) بثمن فى ذمته فيصح كضمان المريض نعم إن استغرق الدين مال المريض وقضى به بان بطلان ضمانه، بخلاف مالو حدث له مال أو أبرئ ،ولو أقر بدين مستغرق قدم

(قوله ومر أن فى حكمه) أى المحجور عليه بصبا الخ من عدم صحة تصرفه (قوله لايفهم) بضم الياء وكسر الهاء : أى لايفهم غيره بإشارة ولا كتابة ، بخلاف من له إشارة مفهمة ، ثم إن فهم إشارته كل أحد فصريحه وإن اختص بفهمها الفطن فكناية ومنها الكتابة ، فإن احتفت بقرائن ألحقت بالصريح على ما اقتضاه كلامهم هنا وفيه نظر اه حج بالمعنى (قوله ونائم) أى ومثله (قوله وسيذكر) أى فى عموم قوله وضمان عبد (قوله وليس فى العبارة كل رشيد الخ) أى لكن هذا الجواب الثانى لايدفع الاعتراض بمن بذر ولم يحجر عليه القاضى ولا بالفاسق ، ومن تعدى بسكره الانتفاء الرشد عنهم (قوله وصحة العبارة) والجواب مامرّ من أن المراد بالرشيد غير المحجور عليه (قوله صدّق بيمينه) أى بخلاف مالو قال أنا الآن غير بالغ وأمكن فإنه يصدق بلا يمين اه سم على منهج (قوله تزويج أمته) أى مثلا (قوله فإنه يصدق الزوج) أى وإن أمكن الصبا وعهد الجنون (قوله يحتاط لها) أى حال الإقدام عليها (قوله والأوجه إلحاقه بدعوى الصبا) الأولى أن يقول إلحاقه بدعوى الجنون لأن محل تصديق السفيه فى دعواه أن يعهد له سفه ولا يكفى مجرد إمكانه بخلاف الصبى (قوله كضمان المريض) أى فإنه يصح ظاهرا أخذا من قوله نعم إن استغرق (قوله نعم إن استغرق الدين) أى الذى على المريض (قوله وقضى به) أى الدين بأن دفع المال لأرباب الديون (قوله بان بطلان ضمانه) فيه نظر ، وهلا قيل بصحة ضمانه وإن لم يطالب ولا يلزم من عدم المطالبة فساد الضمان بدليل صحة ضمان المعسر ، إلا أن يجاب بأن ذمة المريض آيلة إلى الخراب بالموت فهى ضعيفة بخلاف المعسر اه سم على منهج بالمعنى (قوله ولو أقرّ) أى المريض (قوله قدم) أى الدين وإن تأخر الإقرار به عن الضمان اه حج . وهو شامل لما تأخر بسبب لزومه عن الضمان ، كما لو ضمن فى أول المحرم ثم أقرّ بأنه اشترى منه

غرم نظير مامر فى الخبر أوّل الحوالة فليراجع (قوله وأيضا فلا يلزم من وجود الشرط الخ) لايخفى أن هذا الجواب إنما ينفع فيما ورد على المنطوق وهو أن الرشيد يصح ضمانه من عدم صحته من المكره ونحوه ، وأنه لاينفع فيما ورد على المفهوم وهو أن غير الرشيد لايصح ضمانه من صحة ضمان السكران ونحوه فتأمل (قوله نعم إن استغرق الدين ماله) يعنى دين المريض المتعلق بذمته غير دين الضمان ، وعبارة شرح المنهج : لا من صبىّ ومجنون ومحجور سفه

وضمانه من رأس المـال إلا عن معسر أو حيث لارجوع فمن الثلث (وضمان عبد) أى رقيق ولو مكاتبا أو مأذونا له فى التجارة (بغير إذن سيده باطل فى الأصح) لأنه إثبات مال فى الذمة بعقد فأشبه النكاح ، وإنما صح خلع أمة بمال فى ذمتها بلا إذن لأنها قد تضطر إليه لنحو سوء عشرته . نعم يصح ضمان مبعض فى نوبته بلا إذن ، ويصح ضمان المكاتب بإذن سيده ، والموقوف لايصح منه بغير إذن كما قاله ابن الرفعة ، فإن ضمن بإذن مالك منفعته صح لأنه بإذنه سلّط على التعلق بكسبه المستحق له ، وعليه فيحتمل بطلانه إذا انتقل الوقف لغيره ، ويحتمل خلافه وهو أقرب ، والموصى بمنفعته دون رقبته أو بالعكس كالقن كما استظهره فى المطلب ، لكن الأوجه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى اعتبار اذنهما معا إذ التعلق بكسبه شامل للمعتاد منه والنادر ، فإن أذن فيه مالك الرقبة فقط صح وتعلق بكسبه النادر أو مالك المنفعة فقط صح وتعلق بالمعتاد وضمان المرأة بغير إذن زوجها

سلعة فى صفر ولم يؤد ثمنها ، وينبغى أن يقال فى هذه باستواء الدينين لأنه حين ضمن وقع ضمانه صحيحا مستوفيا للشروط (قوله وضمانه) أى المريض (قوله إلا عن معسر) أى واستمر إعسار المضمون عنه إلى مابعد الموت ، أما إذا أيسر وأمكن أخذ المـال منه فيتبين أن ضمانه من رأس المـال (قوله لا رجوع) بأن ضمن بغير إذن (قوله لنحو سوء عشرته) أى ومع ذلك إنما تطالب بعد العتق واليسار (قوله فى نوبته) خرج بنوبته نوبة السيد وما إذا لم يكن بينهما مهايأة فلا بد من الإذن ، ثم إذا أذن السيد فى نوبته فهل يكون مايؤديه من الكسب الواقع فى نوبة السيد دون العبد أو من كسبه مطلقا سواء كان فى نوبة السيد أو الرقيق ؟ فيه نظر ، والأقرب الأول اه . ولو ادعى المبعض أن ضمانه بغير الإذن كان فى نوبة السيد فينبغى تصديقه عند الاحتمال كما لو ادعى الضامن الصبا عند الضمان وأمكن اه سم على حج . وأما هبة المبعض لغيره شيئا من ماله فتصح فى نوبة السيد وإن لم يأذن كما فى حج وفرق بينه وبين الضمان (قوله وهو أقرب) أى خلافا لحج ، وقد يشكل بما تقدم فى الحوالة فيما لو أجر الجندى أقطاعه وأحال على بعض الأجرة ثم مات قبل انقضاء المدة حيث قيل ثم ببطلان الحوالة على مازاد على ما استقر فى حياته ، وبما يأتى فى الوقف من أن البطن الأول إذا أجر وشرط له النظر مدة استحقاقه من بطلان الإجارة بموته ومن ثم جزم حج بالبطلان ، إلا أن يجاب بأنه بموت الجندى وانتقال الوقف للبطن الثانى تبين عدم استحقاق المؤجر لمـا أجره فى مسئلة الجندى وعدم ولاية الناظر فى مسئلة الوقف ، وكذلك يتبين عدم صحة الإجارة ، بخلاف ماهنا فإنه وقت الإذن مالك للمنفعة وعلى ما قاله الشارح فينبغى أن لايدفع شيئا من ذلك إلا بإذن من انتقل إليه لأن الحق صار له وحيث امتنع من انتقل له الوقف من الإذن ففائدة الضمان احتمال أن يتبرع أحد عن الضامن بما لزمه أو يسمح من انتقل إليه الوقف بالإذن بعد ذلك (قوله والموصى بمنفعته) ظاهره أنه لا فرق بين المؤقتة وغيرها وينبغى تقييده بغير المؤقتة ، وأما هى فإن ضمن بإذن مالك الرقبة تعلق بالأكساب النادرة مدة الوصية بالمنفعة وبالأكساب مطلقا بعد فراغ مدة ، وإن ضمن بإذن مالك الموصى له بالمنفعة ، أدى من المعتادة بقية المدة دون مابعدها فلا يؤدى من المعتادة ولا غيرها (قوله كالقن) فلا يصح ضمانه إلا بإذن مالك الرقبة (قوله اعتبار إذنهما) أى ليتعلق الضمان بالكسب مطلقا معتادا أو نادرا كما يعلم مما يأتى ، فلا ينافى ما يأتى من قوله فإن أذن فيه الخ والضمير

ومريض مرض الموت عليه دين مستغرق (قوله ولو مكاتبا) لايخفى أنه لاتتأتى فيه جميع الأحكام الآتية (قوله وعليه فيحتمل بطلانه) وفى نسخة مانصه : وعليه فالأوجه بطلانه إذا انتقل الوقف لغيره اه

صحيح كسائر تصرفاته ، ومقابل الأصح يصح ويتبع به بعد عتقه ويساره إذ لاضرر على سيده كما لو أقر بإتلاف مال وكذبه السيد (ويصح بإذنه) لأن المنع كان لحقه وليس له إكراهه عليه لأنه لاتسلط له على ذمته بخلاف بقية الاستخدامات ، ولابد من علم السيد بقدر المال المأذون فى ضمانه كما قاله الأذرعى وغيره ، وإذا أدى بعد العتق فالرجوع له لأنه أدى ملكه بخلافه قبله ، ولو ضمن السيد دينا وجب على عبده بمعاملة صح ولا رجوع له عليه بما أداه عنه ولو بعد عتقه اعتبارا بحالة الضمان ، ولا يصح ضمانه لعبده إن لم يكن مأذونا له فى معاملة ثبت عليه بها دين ولا ضمان القن لسيده مالم يكن مكاتبا فيما يظهر (فإن عين للأداء كسبه أو غيره) من أموال السيد (قضى منه) عملا بتعيينه . نعم إن لم يف ماعينه له ولو لتعلق دين به لتقدمه على الضمان

للموصى له بالمنفعة ومالك الرقبة (قوله ويتبع به بعد عتقه) يؤخذ منه أنه لو لم يتأت عتقه بأن كان موقوفا لايجرى فيه هذا الوجه وبه صرح ع .

[فرع] لو عتق الموصى برقبته ومنفعته هل يصح ضمانه ؟ الوجه صحته خلافا لما قد توهمه بعض الطلبة مدعيا أنه لافائدة له . والجواب أن فائدته أنه قد يوفى غيره بضمان أو غيره ، وأن مستحق المنفعة قد يسمح له بها أو باكتسابه فهو من ذلك سم على منهج (قوله ولابد من علم السيد) أى والعبد اهـ حج : أى وسواء عين السيد للأداء جهة من ماله خاصة أولا (قوله بقدر المال) أى وبالمضمون له اهـ زيادى وحج (قوله وإذا أدى بعد العتق) أى وكان المضمون غير سيده لما سنذكره (قوله فالرجوع له) أى العبد عن المضمون عنه (قوله بخلافه) أى فالرجوع للسيد (قوله بمعاملة) أى أذن فيها السيد أم لا ، وخرج بالمعاملة ديون الإتلاف فتتعلق برقبته فلا يصح ضمانها (قوله ولا يصح ضمانه) محترز قوله ولو ضمن السيد دينا وجب الخ (قوله لعبده) أى بأن ضمن ما على عبده لغيره (قوله إن لم يكن مأذونا له فى معاملة) أى فإن كان كذلك صح ضمان ماعليه كما تقدم فى قوله ولو ضمن السيد دينا وجب الخ (قوله ولا ضمان القن لسيده) أى لايصح ضمان القن مالا لسيده على أجنبى . أما ضمان ما على سيده لأجنبى بإذنه فيصح كما شمله إطلاق المتن أولا ، ويصرح بهذا قوله فى شرح البهجة : فإن ضمن الرقيق بإذن سيده صح ولو عن السيد لا له لأنه يؤدى من كسبه وهو لسيده اهـ شرح البهجة الكبير ، ومثله حج . ثم إذا غرم لا رجوع له على سيده وإن أدى بعد العتق كما يأتى للشارح بعد قول المصنف وللضامن الرجوع على الأصيل الخ ، ويوجه بأنه لما جرى سبب الوجوب قبل العتق كان المغروم بسبب الضمان كأنه من مال السيد (قوله فإن عين) قال حج فى إذنه للضمان لا بعده إذ لايعتبر تعيينه حينئذ كما هو ظاهر انتهى . وينبغى أن مثل ذلك مالو عين جهة بعد الإذن وقبل الضمان كما يشعر به قوله لا بعده (قوله نعم إن لم يف ماعينه) أى من غير الكسب ليلاقى قوله بعد إذ التعيين الخ وسواء كان ماعينه من أموال التجارة أو غيرها (قوله لتقدمه على الضمان) أى أما لو لزمته الديون

(قوله ولا يصح ضمانه لعبده) بأن يضمن له الدين الذى له على أجنبى كما يعلم من الروض وغيره وما فى حاشية الشيخ من تصويرها بغير ذلك مخالف لما ذكرناه من أنه يلزم عليه تكرار فى كلام الشارح (قوله إن لم يكن مأذونا له فى معاملة ثبت عليه بها دين) أى بخلاف ما إذا كان مأذونا له كذلك فإنه يصح لما فيه من توفية ما على العبد : أى باللازم ، لأن العبد حينئذ يصير مطالبا للسيد بما يوفى به دينه ، ووجه عدم الصحة عند انتفاء ماذكر أن السيد يصير ضامنا لنفسه (قوله مالم يكن مكاتبا) أى وإلا فتصح : أى بالإذن كما علم مما مر ، بخلاف غير المكاتب فإنه لايصح ولو بالإذن إذ السيد لايثبت له على عبده مال

مالم يحجر عليه الحاكم وإلا لم يتعلق به الضمان أصلا أتبع القن بالباقى بعد عتقه كما اعتمده السبكى إذ التعيين قصر الطمع عن تعلقه بالكسب الذى اعتمده ابن الرفعة (وإلا) بأن اقتصر له على الإذن فى الضمان من غير تعيين جهة (فالأصح أنه إن كان مأذونا له فى التجارة تعلق) غرم الضمان (بما فى يده) ربحا ورأس مال (ومايكسبه بعد الإذن) له فى الضمان (وإلا) بأن لم يكن مأذونا فيها (ف) لا يتعلق الضمان إلا (بما يكسبه) بعد الإذن فيه كمؤنة النكاح الواجب بإذن فى الصورتين سواء أكان معتادا أم نادرا . نعم لايتعلق فى النكاح إلا بكسب حدث بعده لأنها لاتجب إلا به ، بخلاف المضمون به لثبوته حال الإذن فاندفع قول من سوّى بينهما وقد علم مما مر فى الرهن صحة ضمنت مالك على زيد فى رقبة عبدى هذا فيتعلق بها فقط ومقابل الأصح يتعلق بالذمة فى القسمين يتبع به بعد العتق. ثم ذكر الركن الثانى فقال (والأصح اشتراط معرفة) الضامن لعين (المضمون له) وهو رب الدين لتفاوت الناس فى المطالبة تشديدا وتسهيلا فلا يكفى مجرد نسبه ، وإنما كفت معرفة عينه لأن الظاهر عنوان الباطن ، وتقوم معرفة وكيله مقام معرفته كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى تبعا لابن الصلاح وخلافا لابن عبد السلام وغيره إذ أحكام العقد تتعلق به . والغالب أن

بعد الضمان لم يبطل تعيين السيد لأن ضمانه بعد تعيين السيد يصير ما عينه السيد مستحقا لتوفية حق المضمون له منه فلا تتعلق الديون إلا بما زاد (قوله مالم يحجر عليه الحاكم) أى مطلقا قبل الضمان أو بعده فهو قيد لاعتبار تقدم الدين على الضمان . أما إن حجر عليه فلا يتعلق دين الضمان به مطلقا (قوله وإلا لم يتعلق به) أى بما عينه السيد (قوله من غير تعيين جهة) أى بأن قال اضمن ولم يزد على ذلك ، أو قال اضمن وأدّ ولم يعين جهة للأداء وبقى مالو أذن له فى الضمان وعين واحدة من جهتين كأن قال : أدّ إما من كسبك أو من مال التجارة فهل يفسد هذا الإذن لإبهام الجهة التى يدفع منها أو يصح ويتخير العبد فيدفع مما شاء أو يتخير المضمون له فيأخذ من أيهما ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى ، وبقى أيضا مالو أذن السيد للمبعض فى نوبته فأخر حتى دخلت نوبة المبعض وانقضت ثم دخلت نوبة السيد الثانية فهل يحتاج إلى إذن جديد لتخلل نوبته بين نوبتى سيده أو يكتفى بالإذن السابق ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأن إذنه مطلق فيحمل على مايتوقف تصرفه فيه على إذنه وهو شامل لجميع النوب (قوله ربحا) ولو قديما خلافا لما فى العباب حيث قيد بالحادث اه سم على منهج (قوله إلا بما يكسبه) أى فلو استخدمه السيد فى هذه الحالة هل تجب عليه له أجرة أم لا ؟ فيه نظر ، وقياس ما فى النكاح من أنه إذا تزوّج بإذنه واستخدمه من وجوب أجرته عليه أنه هنا كذلك (قوله سواء أكان معتادا) أى الاكتساب (قوله حدث بعده) أى بعد النكاح وبعد الوجوب ولو عبر به لكان أولى (قوله فى رقبة عبدى) ولو قال لعبده اضمن مالى على زيد فى كذا لم يصح خلافا للقاضى الحسين انتهى عميرة ، وقد يشكل ذلك على ماذكره الشارح وما الفرق بينهما (قوله فيتعلق بها) أى الرقبة فلو فاتت الرقبة فات الضمان (قوله فلايكفى مجرد نسبه) ظاهره وإن اشتهر بذلك شهرة تامة كساداتنا الوفائية ، ولو قيل بالاكتفاء بذلك لم يكن بعيدا لأن من اشتهر بما ذكر يعرف حاله أكثر مما يدركه منه بمجرد المشاهدة (قوله لأن الظاهر عنوان الباطن) أى غالبا (قوله وتقوم معرفة وكيله) أى مادام وكيلا ، فلو انعزل فينبغى أن يقال فيه إن انعزل بسبب لا اختيار للموكل فيه كأن أغمى عليه كفى معرفته بعد العزل ، أو أن عزله اختيارا لايكفى لأنه دليل على أنه لم يره مثله ، ويحتمل أن يقال لاتكفى معرفته الآن مطلقا لأنه لايتمكن من التوفية له فلا فائدة فى معرفته لأن المعرفة إنما اشترطت ليعلم حال من يستوفى منه ، ولعل هذا هو الأقرب (قوله كما أفتى به الوالد) خلافا لحج (قوله تتعلق به) يتأمل كون ما ذكر مقتضيا للاكتفاء بمعرفة الوكيل فإن عقد الضمان ليس له

الشخص يوكل من يشبهه . ويؤيد ماتقرر أنا إذا شرطنا رضا المضمون له ، قال الماوردى : كفى رضا وكيله . والثانى لايشترط الرضا (و) الأصح (أنه لايشترط قبوله و) لا (رضاه) لأن الضمان محض التزام لامعاوضة فيه ، وقيل يشترط الرضا ثم القبول لفظا ، وقيل الرضا دون القبول لفظا . ثم ذكر الركن الثالث فقال (ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعا) لجواز أداء الدين من غير إذن فالتزامه أولى وفيه وجه لم يعتد به لشذوذه (ولا معرفته) حيا أو ميتا (فى الأصح) كرضاه ولأن ضمانه معروف معه وهو يفعل مع أهله وغير أهله . والثانى يشترط ليعلم يساره أو مبادرته إلى وفاء دينه أو استحقاقه لصنع المعروف معه ورد بما مرّ ، نعم يشترط كونه مدينا كما أفاده قوله (ويشترط فى المضمون كونه) أشار بحذفه دينا هنا وذكره فى الرهن للعين المضمونة ومنها الزكاة بعد التمكن والعمل الملتزم فى الذمة بالإجارة أو المساقاة (ثابتا) حال الضمان لأنه وثيقة فلا تتقدم ثبوت الحق كالشهادة ، فلا يكفى جريان سبب وجوبه كنفقة الغد للزوجة ، ويكفى فى ثبوته اعتراف الضامن به وإن لم يثبت على المضمون شىء كما صرح به الرافعى ، بل الضمان متضمن لاعترافه بتوفر شرائطه كقبول الحوالة ، وإنما أهمل رابعا ذكره الغزالى وهو أن يكون قابلا للتبرع به فخرج نحو قود وحق شفعة لفساده ، إذ يرد على طرده حق المقسوم لها للمظلومة يصح تبرعها به ولا يصح ضمانه لها ، وعلى عكسه دين الله تعالى كزكاة ودين مريض معسر أو ميت فإنه يصح ضمانه ،

حكم يتعلق بالوكيل هنا ، وكان ينبغى له الاكتفاء بقوله والغالب الخ (قوله من يشبهه) أى صعوبة وضدها (قوله رضا المضمون) على المرجوح الآتى (قوله لامعاوضة فيه) وبه يعلم أنه لايؤثر رده اهـ حج ، وعبارة سم على منهج : لكنه يرتد برده انتهى . والأقرب ما قاله سم ويوجه بأنه إذا أبرأ الضامن برئ وبقى حقه على من عليه الدين فرده منزل منزلة إبرائه ، فلا يلزم من عدم اشتراط الرضا لصحة الضمان كونه لايرتد بالرد (قوله وقيل يشترط الرضا ثم انظر ما المراد به على هذا هل هو مجرد عدم الإكراه بأن يقبل مختارا أو لابد للاعتداد به من لفظ يدل عليه كرضيت فيه نظر ، والظاهر الأول لأن القبول مغن عن اللفظ الدال على الرضا ، لكن قول ع : وإن تأخر أى الرضا عن القبول فهو إجارة إن جوزنا وقف العقود على القديم اهـ قد يقتضى الثانى (قوله وهو يفعل مع أهله) أى ثم إن ضمن بإذنه رجع وإلا فلا على ما يأتى فى كلام المصنف (قوله ويكفى فى ثبوته اعتراف الضامن) أى فيطالب به ولا رجوع له إذا غرم (قوله وإنما أهملا رابعا) أى من شروط المضمون فيه واقتصرا على كونه ثابتا لازما معلوما ، ولو أخر هذا عن بيان الشروط الثلاثة لكان أوضح (قوله إذ يرد على طرده) أى الرابع (قوله وعلى عكسه) أى لكن عدم ذكره يقتضى صحة ضمان القصاص وحد القذف مع أنه باطل ، إلا أن يقال اقتصاره على ماذكر من الشروط لكونها مصرحا بها فى كلامهم وعدم صحة ضمان القصاص الخ مستفاد من قاعدة أخرى وهى أن كلا منهما لايقبل النقل (قوله كزكاة) الظاهر أنه أراد بالزكاة هنا مايشمل عينها بأن كان النصاب باقيا وبدلها بأن كان تالفا ، وهذا بخلاف ماتقدم له فى الحوالة من عدم صحة الحوالة بدين الزكاة وعليه وكذا بنفس الزكاة (قوله ودين مريض)

(قوله للعين المضمونة) قال الشهاب سم : قد يتوقف فى اتصاف العين بالثبوت واللزوم (قوله ومنها الزكاة) أى من العين المضمونة فالصورة أن تعلقها بالعين باق بأن لم يتلف النصاب . أما دينها فداخل فى جملة الديون (قوله والعمل الملتزم) الظاهر أنه بالجر عطفا على قوله للعين (قوله رابعا) أى للثلاثة التى ذكرها هنا وفيما يأتى (قوله حق المقسوم لها الخ) عبارة التحفة حق القسم للمظلومة (قوله كزكاة) أى كأن تبرع بها المستحقون قبل قبضها

ولا يصح التبرع به (وصحح القديم ضمان ماسيجب) وإن لم يجر سبب وجوبه كثمن ماسيبيعه إذ الحاجة قد تمس له ، ولا يجوز ضمان نفقة للقريب مستقبلة قطعا إذ سبيلها البرّ والصلة لا الديون ، ولو قال أقرض هذا مائة وأنا ضامنها ففعل ضمنها على القديم أيضا (والمذهب صحة ضمان الدرك) بفتح الراء وسكونها وهو التبعة : أى المطالبة سمى به لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ويسمى ضمان العهدة وإن لم يكن ثابتا لمسيس الحاجة إليه فى نحو غريب لو خرج مبيعه أو ثمنه مستحقا لم يظفر به ، على أنه ليس من ضمان مالم يجب مطلقا لأن المقابل لو خرج عما شرط تبين وجوب رد المضمون (بعد قبض) ما يضمن من (الثمن) فى التصوير الآتى والمبيع فيما يذكره بعد لأنه إنما يدخل فى ضمان البائع حينئذ وقبل القبض وكذا معه كما هو ظاهر كلامهم لم يتحقق ذلك ، فخرج مالو باع الحاكم عقار غائب للمدعى بدينه فلا يصح أن يضمن له دركه لعدم القبض ونحوه ، وأفتى ابن الصلاح بأنه لو أجر المدين وقفا عليه بدينه وضمن ضامن دركه فبان بطلان الإجارة لم يلزم الضامن شىء من الأجرة لبقاء الدين الذى هو أجرة بحاله فلم يفوّت عليه شيئا (وهو أن يضمن للمشترى الثمن) وقد علم قدره (إن خرج المبيع مستحقا) أو مأخوذا بشفعة كبيع سابق (أو معيبا) ورده المشترى (أو ناقصا لنقص الصنجة) بفتح الصاد ، وفى

أى له على غيره (قوله ولا يصح التبرع) أى من المريض (قوله والصلة) عطف تفسير (قوله أيضا) أى كما يصح ضمان ثمن ماسيبيعه ، لكن عبارة حج قد تقتضى الصحة على الجديد أيضا حيث قال بعد قول الشارح ضمنها على الأوجه نظير ما يأتى فى ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه بجامع أن كلا يحتاج إليه فليس المراد بالضمان ما فى هذا الباب ، وكتب عليه سم قوله ولو قال اقرض هذا الخ عبارة العباب : فلا يصح ضمان مالم يثبت كأقرضه ألفا وعلىّ ضمانه ، ولم يخالفه فى شرحه بل صرّح بأن قول ابن سريج بالصحة ضعيف ، وعبارة شرح مر : ولو قال أقرض هذا مائة (قوله لو خرج) أى بأن وجد فيه مايقتضى الرد (قوله فيما يذكره) أى فى قوله وذكر الضمان للمشترى الخ (قوله فلا يصح أن يضمن له دركه) أى الثمن وهو الدين الذى فى ذمة الغائب ، وقضية العلة أن مثل بيع القاضى مالو باع المدين عقارا أو غيره لربّ الدين بما له عليه من الدين (قوله ونحوه) أى مما يصيره فى ذمته ، وعبارة حج : ونحوه إفتاء ابن الصلاح وهى أولى لأن المصحح لضمان الدرك هو قبض العوض فقط ولم يبق فرد لقوله ونحوه (قوله وأفتى ابن الصلاح) تأييد لما قبله (قوله لو أجر المدين) أى لدائنه (قوله لبقاء الدين) وقضية التعليل أن مثل الوقف غيره ، وأنه متى كان العوض دينا فى ذمة المؤجر أو البائع لايلزم الضامن شىء لبقاء حق المضمون له فى ذمة خصمه ، ولعله إنما اقتصر على الوقف لكونه صورة الواقعة التى سئل عنها ابن الصلاح (قوله أو مأخوذا بشفعة) صورته أن يشترى حصة من عقار ثم يبيعها لآخر ويقبض منه الثمن فيضمن للمشترى الثانى رد الثمن إن أخذها الشريك القديم بالشفعة (قوله بفتح الصاد) والسين أفصح منها كما فى القاموس اهـ حج . وفى

لغير مستحق كغنى (قوله فى نحو غريب الخ) عبارة التحفة : فى غريب ونحوه ممن لو خرج مبيعه أو ثمنه مستحقا الخ ، فلعل لفظ ممن سقط من نسخ الشارح (قوله فى ضمان البائع) أى أو المشترى (قوله فخرج مالو باع الحاكم الخ) قال الأذرعى : وعلى قياسه لو باعها صاحبها بالدين الذى عليه وضمن الدرك لايصح قال : وحاصله أنه لايصح ضمان الدرك فى الاعتياض عن الدين اهـ (قوله فلا يصح أن يضمن له دركه) أى لايصح ضمان العقار للمشترى ، وقوله بعدم القبض : أى قبض الثمن ، وقوله ونحوه بالرفع عطفا على ما لو باع وعبارة التحفة ونحوه أفتى ابن الصلاح ممدودا بغير عطف فهو مبتدأ وخبر (قوله أو مأخوذا بشفعة الخ) عبارة التحفة : كأن خرج

نسخة بدل اللام كاف فشمل نقص القدر ونقص الصفة المشروطة كما لو باعه بشرط كونه من نوع كذا وضمن ضامن عهدة ذلك وأل فى الثمن للجنس فشمل كله كما تقرر وما لو ضمن بعضه إن خرج بعض مقابله مستحقا أو معيبا أو ناقصا لنقص صنجة أو صفة وحينئذ فلا اعتراض عليه وإن صوره جمع بغير ذلك لخروجه عما الكلام فيه ولو أطلق ضمان العهدة أو الدرك اختص بما إذا خرج بالثمن المعين مستحقا إذ هو المتبادر لا ما خرج فاسدا بغير الاستحقاق ، وذكر الضمان للمشترى كأنه للغالب لصحته للبائع بأن يضمن له المبيع بعد قبض المشترى له إن خرج الثمن المعين مستحقا مثلا ، ولو ضمن للمستأجر أو الأجير الدرك صح أيضا على وزان ماذكر ، ومثله ضمان درك زيف أو نقص صنجة ماقبض من الدين ، قاله الماوردى . قال : فإن طلب الضامن أن يعطيه المؤدى ليبدله له لم يعطه : أى بل يبدله له ويبقى نحو المعيب فى يده حتى يأتى مالكه . قيل ويؤخذ من ذلك ضعف قول الأنوار ولا يطالب البائع الضامن قبل رد نحو المعيب للمشترى ، وفيه نظر لإمكان حمل كلامه على عدم مطالبته قبل وجود الرد المقتضى للمطالبة بالأصالة ، بل كلامهم صريح فى أنه لابد فى المطالبة من رده بعيب أو نحوه مما ضمنه . واعلم أن متعلق ضمان الدرك عين المبيع أو الثمن إن بقى وسهل رده وبدله : أى قيمته إن عسر رده للحيلولة ، ومثل المثلى وقيمة المتقوم إن تلف ، وتعلقه بالبدل أظهر لأنه على غير قاعدة ضمان الأعيان ، ومن صحة الضامن الدرك يغرم بدل العين عند تلفها ، بخلاف ضامن العين المغصوبة والمستعارة ، وقول المطلب ليس المضمون هنا رد العين : أى وحدها وإلا لزم أن لاتجب قيمتها عند التلف ، بل المضمون المالية عند تعذر الرد حتى لو بان الاستحقاق

المختار صنجة الميزان معرب . ولا تقل سنجة (قوله أو الأجير) انظر ماصورته ثم رأيت فى سم على حج مانصه : قوله وللمستأجر : أى بأن يضمن له درك الأجرة إن استحقت المنفعة ، وقوله أو الأجير لعل صورته ضمان درك المنفعة إن خرجت الأجرة مستحقة مثلا ، وقضية اعتبار قبض المضمون دركه توقف الصحة هنا على العمل كى تصير المنفعة مقبوضة فليراجع اهـ . وقد يقال يكتفى بقبض العين التى تعلقت بها المنفعة ، وكذا يقال يمكن تصوير مسئلة الأجير بأن يضمن له الأجرة إن خرجت منفعة الأجير مستحقة ، ولعل هذا أولى مما صور به المحشى لأن المنفعة بعد استيفائها لايمكن ردها (قوله فى يده) أى المضمون (قوله وفيه نظر) أى قوله ويؤخذ من ذلك الخ (قوله حمل كلامه) أى الأنوار (قوله قبل وجود الرد) فالمراد بالرد فى عبارة الأنوار فسخ العقد (قوله أو الثمن إن بقى) أى حيث كان معينا أخذا مما يأتى فى قوله والحاصل الخ ، وعليه فلو تعذر إحضاره بلا تلف لايجب على الضامن شىء لأن العين إذا تعذر إحضارها لم يجب على ملتزمها شىء ، نعم ضمان ماذكر وإن كان ضمان عين

مرهونا أو مأخوذا بشفعة الخ ، ولعل المعطوف عليه سقط من نسخ الشارح من الكتبة (قوله ولو ضمن للمستأجر) أى بأن يضمن له درك الأجرة فإن استحقت المنفعة ، وقوله أو الأجير لعل صورته ضمان درك المنفعة إن خرجت الأجرة مستحقة مثلا ، وقضيته اعتبار قبض المضمون دركه توقف الصحة هنا على العمل كى تصير المنفعة مقبوضة فليراجع ، كذا فى حواشى التحفة للشهاب سم ، قال الشيخ فى الحاشية : وقد يقال يكتفى بقبض العين (قوله واعلم أن متعلق ضمان الدرك الخ) أى فيما إذا كان الثمن فى الذمة لما يأتى (قوله وبدله) أى قيمته إن عسر رده للحيلولة : أى ومثل المثلى وقيمة المتقوم إن تلف كما صرح به الشهاب حج (قوله وقول المطلب ليس المضمون هنا) أى فى ضمان الثمن الذى فى الذمة كما يعلم من شرح الروض ، وبالجملة فهذا المحل يحتاج إلى تحرير (قوله أى وحدها الخ) هذا التفسير قد لايلاقى آخر كلام المطلب ، على أنا إذا نظرنا لهذا التفسير فى كلام المطلب لم يكن

والثمن فى يد البائع لايطالب الضامن بقيمته ظاهر كلامهم يخالفه . والحاصل أن ضمان العهدة يكون ضمان عين فيما إذا كان الثمن معينا باقيا لم يتلف وضمان ذمة فيما عداذلك ، ولا يجرى ضمان الدرك فى نحو الرهن كما بحثه الولى العراقى لأنه لا ضمان فيه (وكونه) أى المضمون (لازما) ولو غير مستقر كمهر قبل دخول أو موت وثمن مبيع قبل قبض ودين سلم (لا كنجوم كتابة) إذ للمكاتب إسقاطها متى شاء فلا معنى للتوثق بها ، ومثل ذلك جعل الجعالة قبل الفراغ كما سيذكره ، والمراد باللازم مالايتسلط على فسخه من غير سبب ولو باعتبار وضعه (و) من ثم (يصح ضمان الثمن) للبائع (فى مدة الخيار) للمشترى وحده (فى الأصح) لأنه آيل للزوم فاحتيج فيه للتوثق . والثانى ينظر إلى أنه غير لازم الآن ، وعلم من ذلك صحة ما أشار إليه الإمام وهو أن تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لايمنع نقل الملك فى الثمن للبائع ، أما إذا منعه فهو ضمان مالم يجب ، فلو كان الخيار لهما أو للبائع وحده لم يصح الضمان ، وقولهما عن المتولى بصحة الضمان هنا بلا خلاف مبنى على مرجوح وهو أن ملك المبيع فى زمن الخيار للمشترى (وضمان الجعل كالرهن به) فيصح بعد الفراغ للزومه لا قبله لجوازه مع كونه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل وبه

يخالف ضمان العين فى أنه إذا تلف يطالب ببدله والعين إذا تلفت لايطالب بشىء (قوله ظاهر كلامهم يخالفه) أى فيجب عليه رد بدل الثمن وإن كان باقيا فى يد البائع ، وقضية قوله قبل عين المبيع إن بقى الخ خلافه ، ومن ثم ذكر حج ما فى المطلب كالتأييد لما قبله ، ولم يذكر قوله ظاهر كلامهم يخالفه .

[فرع] قال حج : ولو اختلف الضامن والبائع فى نقص صنجة الثمن ولا بينة حلف الضامن لأصل براءة ذمته أو البائع والمشترى حلف البائع لأن ذمة المشترى كانت مشغولة ، ويحلف البائع يطالب المشترى وكذا الضامن إن أقر أو ثبت بحجة أخرى اه : أى إن ادعى نقص الثمن وقياسه حلف المشترى إن ادعى نقص المبيع ، ثم قضية التعليل بقوله لأن ذمة المشترى الخ أنه لو كان الثمن معينا أو المبيع وشرط كون وزنه أو ذرعه كذا ثم اختلف البائع والمشترى فى كونه ناقصا عما قدر به أن المصدق المشترى إن ادعى البائع نقص الثمن والبائع إن ادعى المشترى نقص المبيع لعدم اشتغال ذمة كل منهما بشىء فليراجع . ثم ماذكر ظاهر إن كان الاختلاف بعد تلف المبيع أو الثمن ، أما مع بقائهما فيعاد تقدير ماوقع الخلاف فيه بكيله أو وزنه أو ذرعه ثانيا (قوله لأنه لاضمان فيه) أى ولأن العلة وهى فوات الحق منتفية فيه (قوله لا كنجوم كتابة) وقياس مامر فى الحوالة صحة ضمان ديون المعاملة التى للسيد على عبده وإن كانت معرضة للسقوط بتعجيزه نفسه ، لكن الذى اعتمده حج خلافه وفرق بينهما بأن الضمان فيه شغل ذمة فارغة فاحتيط له باشتراط عدم قدرة المضمون عنه على إسقاطه لئلا يغرم ثم يحصل التعجيز فيتضرر الضامن حينئذ بفوات ما أخذ منه لا لمعنى ، بخلاف الحوالة فإن الذى فيها مجرد التحول الذى لاضرر على المحتال فيه لأنه إن قبض من المكاتب فذاك وإلا أخذ من السيد فلم ينظر لقدرة المحتال عليه على ذلك فتأمله فإنه خفى (قوله ولو باعتبار وضعه) دفع به مايقال لاحاجة للجمع بين قوله لازما وقوله ثابتا إذ اللازم لايكون إلا ثابتا . وحاصل الجواب أن اللازم قد يطلق باعتبار ما وضعه ذلك فثمن المبيع يقال له لازم باعتبار أن وضعه ذلك ولو قبل قبض المبيع مع أنه ليس بثابت فأحدهما لايغنى عن الآخر (قوله فلو كان) محترز قوله للمشترى وحده ، ولو قال أما لو كان الخ كان أوضح (قوله هنا) أى فيما إذا كان الخيار لهما

مخالفا لكلامهم فلا يتأتى قوله فيه إنه مخالف لكلامهم (قوله والحاصل الخ) هذا الحاصل لايناسب ماقرره وإنما يناسب ماقرره الشهاب حج تبعا لشيخ الإسلام فى هذا المقام كما لايعلم بمراجعته

فارق الثمن فى زمن الخيار (وكونه) أى المضمون (معلوما) للضامن فقط جنسا وقدرا وصفة ، وعينا (فى الجديد) لأنه إثبات مال فى الذمة لآدمى بعقد فلم يصح مع الجهل كالثمن ، والقديم لايشترط ذلك لتيسر معرفته ، ومحل الخلاف فى مجهول تمكن الإحاطة به كضمنت مثل مابعت من زيد فإن قال ضمنت شيئا منه بطل جزما . نعم لو قال ضمنت لك الدراهم التى على فلان كان ضامنا لثلاثة فيما يظهر ، ومثله لو أبرأه من الدراهم كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ، ولا نظر لمن قال أقل الجمع اثنان لشذوذه ، ومن ثم لو قال له علىّ دراهم لزمه ثلاثة (والإبراء) المؤقت والمعلق بغير الموت . أما المعلق به كإذا مت فأنت برئ أو أنت برئ بعد موتى فهو وصية و(من المجهول) والذى لم يذكر فيه المبرأ منه ولا نوى ، ومراده جهالة الدائن لا وكيله أو المدين إلا فيما فيه معاوضة كإن أبرأتنى فأنت طالق لا فيما سوى ذلك على المعتمد (باطل فى الجديد) لأن البراءة تتوقف على الرضا وهو غير معقول مع الجهل والقديم أنه صحيح بناء على أنه إسقاط محض ومحل الخلاف فى الدين ، أما الإبراء من العين فباطل جزما نعم لا أثر لجهل يمكن معرفته أخذا من قولهم لو كاتبه بدراهم ثم وضع عنه دينارين مريدا مايقابلهما من القيمة صح ، ويكفى فى النقد الرائج علم العدد وفى الإبراء من حصته من مورثه علم قدر التركة وإن جهل قدر حصته ، ولأن الإبراء ومثله التحليل والإسقاط والترك تمليك للمدين مافى ذمته : أى الغالب عليه ذلك دون الإسقاط على المعتمد ومن ثم لو قال لأحد غريميه أبرأت أحدكما لم يصح بخلاف مالو علمه وجهل من هو عليه فإنه يصح على ماقاله بعضهم . وإنما لم يشترط قبول المدين نظرا لشائبة الإسقاط وإنما غلبوا فى علمه شائبة التمليك وفى قبوله شائبة الإسقاط لأن القبول أدون ألا ترى إلى اختيار كثير من الأصحاب جواز المعاطاة فى نحو البيع والهبة ولم يختاروا صحة بيع الغائب وهبته، ولو أبرأ ثم ادعى الجهل قبل باطنا لا ظاهرا قاله الرافعى ، وهو محمول على ما فى الأنوار

(قوله وعينا) أى فيما لو كان ضمان عين كالمغصوب (قوله نعم لو قال) أى الجاهل بالقدر كما عبر به حج ومفهومه أنه لو قال ذلك العالم به كان ضامنا للكل وهو ظاهر وقوله ومثله الخ ينبغى أن يأتى فيه مثل ذلك (قوله والإبراء المؤقت) لعل المراد به كأن يقول أبرأتك من مالى عليك سنة (قوله أما المعلق به) أى بالموت (قوله فهو وصية) أى ففيه تفصيلها وهو أنه إن خرج المبرأ منه من الثلث برئ وإلا توقف على إجازة الورثة فيما زاد (قوله من العين) أى كأن غصب منه كتابا مثلا (قوله لا أثر لجهل يمكن معرفته) تقدم فى قوله ومحل الخلاف فى مجهول يمكن الإحاطة به أنه لايصح ضمان المجهول وإن أمكنت معرفته فانظر الفرق بينه وبين الإبراء ، ولعله أن الضمان لكونه إثبات مال فى الذمة بعقد يحتاط له مالا يحتاط للإبراء إذ قد يغلب فيه معنى الإسقاط (قوله علم قدر التركة) كأن يعلم أن قدرها ألف وقوله بأن جهل بأن لم يعلم قدر ما يخصه أهو الربع أو غيره (قوله الغالب عليه) وقد يغلبون الإسقاط ومنه عدم علم المبرأ بما عليه من الدين وعدم اشتراط قبوله وعدم اشتراط علم الوكيل به أيضا (قوله بخلاف مالو) محترز قول المصنف ومن المجهول باطل (قوله علمه) أى الدين (قوله وإنما غلبوا فى علمه) أى الدائن

(قوله وعينا) أى فلا يصح ضمان أحد الدينين منهما كما نبه عليه فى شرح الروض (قوله نعم لو قال ضمنت الدراهم الخ) أى والصورة أنه يجهله (قوله علم قدر التركة) ظاهره أنه لا يشترط علم قدر الدين فليراجع (قوله ولأن الإبراء الخ) تعليل ثان للجديد ولو أخر حكاية القديم عنه لكان أولى (قوله وجهل من هو عليه) أى بأن كان الدين واحدا ولكن لايعلم عين المدين فهو بجهل وما قبله إبهام (قوله فى علمه) أى المبرأ منه وكذا الضمير فى قبوله

أنه إن باشر سبب الدين لم يقبل وإلا كدين ورثه قبل ، وفى الجواهر نحوه ، وفيها عن الزبيلى تصدّق الصغيرة المزوّجة إجبارا بيمينها فى جهلها بمهرها . قال الغزى : وكذا الكبيرة المجبرة إن دل الحال على جهلها ، وهذا أيضا يؤيد ما فى الأنوار ، ويجوز بذل العوض فى مقابلة الإبراء كما قاله المتولى ، وعليه فيملك الدائن العوض المبذول له بالإبراء ويبرأ المدين ، وطريق الإبراء من المجهول أن يبرئه من قدر يعلم أنه لاينقص عن دينه كألف شك هل يبلغها أو ينقص عنها . نعم يكفى فى الغيبة إذا لم تبلغ المغتاب الندم والاستغفار ، فإن بلغته لم يصح الإبراء منها إلا بعد

(قوله إن باشر سبب الدين) أى أو روجع فيه كمهر الثيب سم على منهج (قوله وفيها) أى الأنوار (قوله وكذا الكبيرة المجبرة) وكذا غيرها إن لم تتعرض للمهر فى الإذن ولا روجعت فيه (قوله ويجوز بذل العوض) أى كأن يعطيه ثوبا مثلا فى مقابلة الإبراء مما عليه من الدين . أما لو أعطاه بعض الدين على أن يبرئه من الباقى فليس من التعويض فى شىء بل ماقبضه بعض حقه والباقى ماعداه (قوله وعليه فيملك الدائن) عبارة الشارح قبيل فصل الطريق النافذ الخ نصها : إنكار حق الغير حرام . فلو بذل للمنكر مالا ليقرّ ففعل لم يصح الصلح بل يحرم بذله وأخذه لذلك ولا يكون به مقرا كما جزم به ابن كج وغيره ورجحه صاحب الأنوار لأنه إقرار بشرط . قال فى الخادم : ينبغى التفصيل بين أن يعتقد فساد الصلح فيصح أو يجهله فلا كما فى نظائره من المنشآت على العقود الفاسدة اه . أقول : يمكن أن يصوّر ماهنا بما لو وقع ذلك بالمواطأة منهما قبل العقد ثم دفع ذلك قبل البراءة أو بعدها . فلو قال أبرأتك على أن تعطينى كذا كان كما لو قال صالحتك على أن تقرّ لى على أن لك علىّ كذا فكما قيل فى ذلك بالبطلان لاشتماله على الشرط يقال هنا كذلك لاشتمال البراءة على الشرط فليراجع (قوله وطريق الإبراء من المجهول الخ) ذكر حج فى غير شرح هذا الكتاب أن محل عدم صحة الإبراء من المجهول بالنسبة للدنيا . أما بالنسبة للآخرة فيصح لأن المبرئ راض بذلك اه . هكذا رأيته بهامش عن بعض أهل العصر (قوله والاستغفار) أى للمغتاب اه حج . كأن يقول أستغفر الله لفلان أو اللهم اغفر له ، ومعلوم أن هذا الكلام فى غيبة البالغ العاقل . وأما غيبة الصبى فهل يقال فيها بمثل ذلك التفصيل وهو أنها إذا بلغته فلا بد من بلوغه وذكرها له وذكر من ذكرت عنده أيضا بعد البلوغ لأن براءته قبل البلوغ غير صحيحة أو يكفى مجرد الاستغفار حالا مطلقا لتعذر الاستحلال منه الآن ؟ فيه نظر . الأقرب الأول ، وقال سم على حج : قوله والاستغفار له : أى ولو بلغته بعد ذلك ، وقوله إلا بعد تعيينها بالشخص أطلق السيوطى فى فتاويه اعتبار التعيين وإن لم تبلغ المغتاب وهو ممنوع . وقال فيمن خان رجلا فى أهله بزنا وغيره لاتصح التوبة منه إلا بالشروط الأربعة . ومنها استحلاله بعد أن يعرفه به بعينه ، ثم له حالان أحدهما : أن لايكون على المرأة فى ذلك ضرر بأن أكرهها فهذا كما وصفنا . والثانى أن يكون عليها فى ذلك ضرر بأن تكون مطاوعة ، فهذا قد يتوقف فيه من حيث إنه ساع فى إزالة ضرره فى الآخرة بضرر المرأة فى الدنيا ، والضرر لايزال بالضرر ، فيحتمل أن لايسوغ له فى هذه الحالة إخباره به وإن أدى إلى بقاء ضرره فى الآخرة ، ويحتمل أن يكون ذلك عذرا ، ويحكم بصحة توبته إذا علم الله منه حسن النية ، ويحتمل أن يكلف الإخبار به فى هذه الحالة ولكن يذكر معه ما ينفى الضرر عنها بأن يذكر أنه أكرهها . ويجوز الكذب بمثل ذلك وهذا فيه جمع بين المصلحتين ، لكن الاحتمال الأول أظهر عندى ، ولو خاف من ذكر ذلك الضرر على نفسه دون غيره فالظاهر أن ذلك لايكون عذرا ، لأن التخلص من عذاب الآخرة بضرر الدنيا مطلوب ، ويحتمل أن يقال إنه

(قوله وإلا كدين ورثه قبل) أى بأن ادعى أنه يجهل قدر التركة أخذا مما مر آنفا فليراجع .

تعيينها بالشخص وتعيين حاضرها فيما يظهر حيث اختلف به الغرض . ولو أبرأه من معين معتقدا عدم استحقاقه له فتبين خلاف ذلك برئ (إلا) الإبراء (من إبل الدية) فيصح مع الجهل بصفتها لاغتفارهم ذلك فى إثباتها فى ذمة الجانى فكذا هنا وإلا لتعذر الإبراء منها ، بخلاف غيرها لإمكان معرفته بالبحث عنه (ويصح ضمانها فى الأصح) كالإبراء للعلم لسنها وعددها ويرجع فى صفتها لغالب إبل البلد ، والثانى لا لجهالة وصفها والإبراء مطلوب فوسع فيه بخلاف الضمان ، وعلى الأول يرجع ضامنها بالإذن إذا غرمها بمثلها لا قيمتها كالقرض كما جزم به ابن المقرى ، ولا يصح ضمان الدية عن العاقلة قبل الحلول ، ولو ضمن عنه زكاته أو كفارته صح كدين الآدمى ، ويعتبر الإذن عند الأداء إن ضمن عن حىّ ، فإن كان عن ميت لم يتوقف الأداء على إذن كما ذكره الرافعى فى باب الوصية (ولو قال ضمنت مما لك على زيد) أو أبرأتك أو نذرت لك مثلا (من درهم إلى عشرة فالأصح صحته) لانتفاء الغرض بذكر الغاية والثانى لايصح لجهالة المقدار فإنه متردد بين الدرهم والعشرة (و) على الأول فالأصح (أنه يكون ضامنا لعشرة) إن كانت عليه أو أكثر منها ومبرئا منها وناذرا لها إدخالا للطرفين فى الالتزام (قلت : الأصح) أنه يكون ضامنا ومبرئا وناذرا (لتسعة والله أعلم) إدخالا للأول لأنه مبتدأ الالتزام ولترتب صحة ما بعده عليه ، وقيل لثمانية إخراجا لهما لأنه اليقين ، ولا يتأيد الأول بقولهم إن الغاية متى كانت من جنس المغيا دخلت لأن هذا فى غير مانحن فيه ، إذ هو فى الأمور الاعتبارية وما نحن فيه فى الأمور الإلزامية وهى مما يحتاط لها ، ويأتى ذلك فى الإقرار كما سيذكره ، ولو لقن صيغة نحو إبراء ثم ادعى جهله بمدلولها قبل منه ذلك بيمينه إن أمكن خفاء ذلك عليه عادة وإلا فلا كما يأتى فى النذر ، ولا يعارض مامرّ أنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث حيث تقع الثلاث لأن الطلاق

يعذر بذلك ويرجى من فضل الله تعالى أن يرضى عنه خصمه إذا علم حسن نيته ، ولو لم يرض صاحب الحق فى الغيبة والزنا ونحوهما أنه يعفو إلا ببذل مال فله بذله سعيا فى خلاص ذمته . ثم رأيت الغزالى قال فيمن خانه فى أهله أو ولده أو نحوه : لا وجه للاستحلال والإظهار فإنه يولد فتنة وغيظا ، بل يفزع إلى الله تعالى ليرضيه عنه اهـ باختصار اهـ . أقول : الأقرب ما اقتضاه كلام الغزالى حتى لو أكره المرأة على الزنا لايسوغ له ذكر ذلك لزوجها إذا لم يبلغه من غيره لما فيه من هتك عرضها . وبقى مالو اغتاب ذميا فهل يسوغ الدعاء له بالمغفرة ليتخلص هو من إثم الغيبة أولا ، ويكتفى بالندم لامتناع الدعاء بالمغفرة للكافر ؟ كل محتمل ، والأقرب أنه يدعوا له بمغفرة غير الشرك أو كثرة المال ونحوه مع الندم . ووقع السؤال عما لو أتى بهيمة غيره فهل يخبره بذلك وإن كان فيه إظهارا لقبح ماصنع أم لا ويكفى الندم ؟ فيه نظر ، ولايبعد الثانى ، ويفارق مالو أتى أهل غيره حيث امتنع الإخبار بما وقع لأن فى ذلك إضرارا للمرأة ولأهلها فامتنع لذلك ولا كذلك البهيمة (قوله وتعيين حاضرها) هذا مما لامحيص عنه ، ولو مات بعد أن بلغته قبل الإبراء منها لم يصح إبراء وارثه بخلافه فى المال اهـ مر اهـ سم على حج (قوله ولو أبرأه من معين) فى الواقع (قوله ويعتبر الإذن) أى من المضمون عنه (قوله عند) أى لأجل (قوله الأداء) أى للزكاة والكفارة (قوله مما لك) مثله مالك ع (قوله أو نذرت لك) ومثله ما لو قال رهنت على مالك علىّ من الدين من درهم إلى عشرة اهـ حج . وانظر ماحكم بقية التصرفات فيه نظر ولا يبعد إلحاقها بما ذكر لأنه حيث حمل المجهول على جملة ماقبل الغاية كان كالمعين (قوله دخلت) قضيته أن دخول الغاية فيما ذكر متفق عليه وليس كذلك بل هى من محل الخلاف والراجح فيها عدم الدخول (قوله الاعتبارية) كغسل الوجه

(قوله ويعتبر الإذن) أى لصحتها زكاة (قوله إذ هو فى الأمور الاعتبارية) ونازع الشهاب سم فى هذه التفرقة

محصور فى عدد فالظاهر استيفاؤه ، بخلاف الديون لا حصر لأفرادها ، ولو ضمن مابين درهم وعشرة لزمه ثمانية ، ولو مات مدين.فسأل وارثه دائنه أن يبرئه ويكون ضامنا لما عليه فأبرأه ظانا صحة الضمان وأن الدين انتقل إلى ذمة الضامن لم يصح الإبراء لأنه بناه على ظن انتقاله للضامن ولم ينتقل عليه لأن الضمان بشرط براءة الأصيل غير صحيح ، ويدل لبطلان الإبراء قول الأم وتبعوه لو صالحه من ألف على خمسمائة صلح إنكار ثم أبرأه من خمسمائة ظانا صحة الصلح لم يصح الإبراء عين الخمسمائة التى أبرأ منها أم لا ، وقولهم لو أتى المكاتب لسيده بالنجوم فأخذها منه وقال اذهب فأنت حر ثم خرج المال مستحقا بان عدم عتقه لأنه إنما عتقه بظن سلامة العوض ، وقولهم لو أتى بالبيع المشروط فى بيع ظانا صحة الشرط بطل أو عالما فساده صح ولا ينافيه صحة الرهن بظن الوجوب لما مر . ولما ذكر البلقينى ذلك قال : وهذا يدل على أن المأتى به فى نحو ذلك على ما أعتقده مخالفا لما فى الباطن لايؤاخذ به ، وتزييف الإمام لقول القاضى الموافق لذلك مزيف اه . ويؤخذ من قوله فى نحو ذلك أنه لابد فى تصديقه من قرينة تقتضى صدق ما ادعاه من الظن ، ولو أبرأه فى الدنيا دون الآخرة برئ فيهما لأن أحكام الآخرة مبنية على الدنيا ، ويؤخذ منه مساواة عكسه له إلا أن يقال إنه إبراء معلق ، لكن مر صحة تعليقه بالموت فيمكن أن يقال هذا مثله ، ولو كان له دين أصلى ودين ضمان على آخر فقال أبرأتك مما لى عليك برئ منهما .

(فصل) فى قسم الضمان الثانى

وهو كفالة البدن وفيه خلاف ، وأصله قول إمامنا رضى الله عنه إنها ضعيفة : أى من جهة القياس لأن الحر لايدخل تحت اليد و (المذهب) منه (صحة كفالة البدن) وهى التزام إحضار المكفول أو جزء شائع منه كنصفه أو ما لايبقى بدونه كرأسه أو قلبه أو روحه حيث كان المتكفل بجزئه حيا كما فى الإرشاد لإطباق الناس عليها

(قوله وعشرة) أى وإلى عشرة اه زيادى (قوله لما مر) أى من قوله ثم بعد قول المصنف شرط المرهون به الخ لوجود مقتضيه والمراد بمقتضيه وجود الدين (قوله فى نحو ذلك على) أى بناء على الخ (قوله ويؤخذ منه الخ) معتمد (قوله برئ منهما) أى فلو قال أردت الإبراء من دين الضمان دون الثمن مثلا لم يقبل ظاهرا مالم تدل قرينة على ذلك .

(فصل) فى قسم الضمان الثانى

وهو كفالة البدن (قوله فى قسم الضمان الثانى) أى وما يترتب عليه ككونه يغرم أو لا (قوله والمذهب منه)

وقال : إنها لامستند لها (قوله مخالفا) حال من المأتى به (قوله على آخر) خبر كان .

(فصل) فى قسم الضمان الثانى

(قوله أى من جهة القياس) هذا التفسير لا محل له هنا ، لأنا لو نظرنا إليه لم يتأت خلاف ، وإنما منشأ الخلاف إطلاق العبارة المذكورة عن الشافعى ، فمنهم من حمل الضعف على ظاهره فمنع الكفالة ، ومنهم من حمله على الضعف من جهة القياس فصححها وهو المذهب ، ومن ثم أخر الشهاب حج هذا التفسير عن قول المصنف المذهب صحة كفالة البدن للإشارة إلى أنه جواب من جهة المذهب عما يورده عليه مقابله من قول الشافعى المذكور (قوله حيث كان المتكفل بجزئه حيا) هذا قيد فى الروح كما لايخفى ، وحينئذ فكان اللائق أن يقول حيث كان

ومسيس الحاجة لها ويشترط تعيينه فلا يصح كفلت بدن أحد هذين ، والطريق الثانى القطع بالأول (فإن كفل) بفتح الفاء أفصح من كسرها (بدن من عليه مال) أو عنده مال ولو أمانة (لم يشترط العلم بقدره) لما يأتى أنه لايغرمه (ويشترط كونه) أى المال المكفول بسببه (مما يصح ضمانه) فلا يصح ببدن مكاتب بالنجوم ولا ببدن من من عليه زكاة على ماقاله الماوردى ، لكن خالفه الأذرعى فبحث صحتها إذا صح ضمانها فى الذمة (والمذهب صحتها ببدن) كل من استحق حضوره مجلس الحكم عند الاستعداء عليه لحق آدمى كأجير وكفيل وقن آبق لمولاه وامرأة

أى الخلاف (قوله والطريق الثانى) لم يصرح فيما سبق ببيان الثانى لكنه أشار إليه بقوله أولا وفيه خلاف والمذهب منه صحة الخ ، وعبارة المحلى بعد تقرير كلام المتن : وفى قول لاتصح وقطع بعضهم بالأول وهى ظاهرة (قوله القطع بالأول) أى وإذا قلنا بالصحة فإن كفل الخ ، ومن ثم قال المحلى بعد قول المصنف صحة كفالة البدن فى الجملة فالحاصل أن فى أصل الكفالة خلافا ، فى قول هى باطلة مطلقا والراجح أنها صحيحة على التفصيل المذكور بقوله فإن كفل الخ (قوله فإن كفل) قضية ما فى المختار أنه إنما يتعدى بنفسه إذا كان بمعنى عال ، وأنه إذا كان بمعنى ضمن تعدى بالباء وعبارته : والكفيل الضامن ، وقد كفل به يكفل بالضم كفالة وكفل عنه بالمال لغريمه وأكفله بالمال لغريمه وأكفله المال ضمنه إياه وكفله إياه بالتخفيف ، فكفل هو من باب نصر ودخل وكفله إياه تكفيلا مثله وتكفل بدينه والكافل الذى يكفل إنسانا يعوله ، ومنه قوله تعالى ـ وكفلها زكريا ـ اهـ . ثم رأيت فى حج بعد قول المصنف فإن كفل بدن مانصه : عداه كغيره بنفسه لأنه بمعنى ضمن ، لكن قيل إن أئمة اللغة لم يستعملوه إلا متعديا بالباء اهـ . ولعله لكونه الأفصح ، أما كفل بمعنى عال كما فى الآية فتعدّ بنفسه دائما : أى وما ورد فى حديث الغامدية الآتى الباء فيه زائدة تأكيدا اهـ (قوله ولو أمانة) قد يخالف هذا ما يأتى فى قوله ويشترط كونه مما يصح ضمانه إذ الأمانة لايصح ضمانها ويجاب بأنه فيما يأتى لم يقتصر على ماذكر بل ذكر بعده صحة كفالة من عليه عقوبة لآدمى وألحق بها من عليه حق الآدمى يستحق بسببه حضوره فى مجالس الحكم إذا طلب له ، ومنه الوديع والأجير ونحوهما فإنهم إذا طلبوا وجب عليهم الحضور لكن قد يتوقف فى الوديع فإن اللازم له التخلية فلا يجب عليه الحضور لمجلس الحكم ، إلا أن يقال قد يطرأ عليه مايوجب حضوره مجلس الحكم كما لو ادعى ضياع العين فطلب مالكها حضوره (قوله أنه لايغرمه) أى لايطالب بالغرم فلا ينافى ماسيأتى للشارح من أنه لو امتنع يحبس مالم يؤدّ المال لأن التأدية تبرع منه ، ومن ثم لو حضر المكفول أو تعذر حضوره استرد ماغرمه (قوله أى المال) أى الذى عليه بصفة كونه دينا أو عنده وهو عين (قوله بالنجوم) مفهومه أنه يصح ضمان بدنه بديون المعاملة التى للسيد على العبد المكاتب ، وفيه أن قياس ماقدمنا عن حج عند قول المصنف وكونه لازما عدم صحة بدنه (قوله فبحث صحتها) معتمد (قوله فى الذمة) تقييده بالذمة قد يخرج مالو كان النصاب باقيا لتعلق حق المستحق بالعين ، وقد مرّ مايؤخذ منه صحة ضمانها فالقياس صحة ضمان من هى لازمة له (قوله وقن آبق) ولو لم يأذن الآبق

المتكفل بروحه (قوله والطريق الثانى القطع بالأول) ذكر الشارح الجلال قبل هذا قولا بعدم الصحة ، فما فى المتن هو أحد وجهى الطريقة الحاكية ، لكن عبارة الجلال وقطع بعضهم بالأول فكأنه لما لم يكن هذا القطع مشهورا لم يحمل المتن عليه (قوله أى المال المكفول بسببه) عبارة التحفة : أى ما على المكفول انتهت . فأخرج بذلك ماعنده من العين فتلخص أنه إن كفله بسبب عين عنده صح وإن كانت أمانة ، وإن كفله بسبب دين فلا بد أن يكون مما يصح ضمانه (قوله كأجير وكفيل وقن الخ) صريح فى أن الأجير والقن ممن استحق حضوره مجلس

لمن يدعى نكاحها ليثبته أو لمن ثبت نكاحها ليسلمها له ، وكذا عكسه كما لايخفى ، و (من عليه عقوبة آدمى كقصاص وحدّ قذف) وتعذير لأنه لحق لازم فأشبه المال مع أن الأوّل يدخله المال ولذا مثل بالمثالين ، وفى قول لاتصح لأنها مبنية على الدرء فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها (ومنعها فى حدود الله تعالى) وتعازيره كحد خمر وزنا وسرقة لأنا مأمورون بسترها والسعى فى إسقاطها ما أمكن ، ومعنى تكفل الأنصارى بالغامدية بعد ثبوت زناها إلى أن تلد : أنه قام بمؤنها ومصالحها على حد ـ وكفلها زكريا ـ فلا يشكل بما ذكر هنا مع وجوب الاستيفاء فورا . وشمل كلامه ما إذا تحتم استيفاء العقوبة وهو ما اقتضاه تعليلهم واعتمده الوالد رحمه الله تعالى خلافا لبعض المتأخرين . والطريق الثانى قولان ثانيهما الصحة كحدود الآدميين (وتصح ببدن صبى ومجنون) لأنه قد يستحق إحضارهما ليشهد من لم يعرف اسمهما ونسبهما عليهما بنحو إتلاف ، ولابد من إذن وليهما فيطالب بإحضارهما عند الحاجة ما بقى حجره عليهما . أما السفيه فظاهر كلامهم اعتبار إذنه ومطالبته دون وليه لصحة إذنه فيما يتعلق بالبدن ، واستظهر الأذرعى اعتبار إذن وليه دونه ، قال : ومثله القن فيعتبر إذنه لا إذن سيده انتهى . وإنما يظهر فيما

فى ذلك على ما اقتضاه إطلاقه ، لكن قيده سم على حج بما لو أذن ، وسيأتى فى كلام الشارح مايشمله فى قوله ومثله القنّ فيعتبر إذنه (قوله وكذا عكسه) وهو كفالة الزوج لامرأة ادعت نكاحه لتثبته أو تطلب النفقة والمهر إن كان نكاحه ثابتا (قوله ومن عليه) عطف على كأجير (قوله يدخله المال) أى حيث عفا عنه وليه (قوله فتقطع) أى تدفع (قوله الذرائع) أى الوسائل (قوله إلى توسيعها) أى إلى توسيع الطرق المؤدية لاستيفائها (قوله ومنعها) أى وإن تكرر ذلك من المكفول وظهر عليه التساهل على الإقدام على المعصية وعدم المبالاة (قوله إذا تحتم استيفاء العقوبة) كقاطع الطريق (قوله ومجنون) أى سواء أطبق جنونه أو تقطع ، وعليه فلو أذن فى زمن الإفاقة ثم جن هل يبطل إذنه أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى لأنه حيث أذن . وهو صحيح العبارة اعتدّ به منه بناء على ما يأتى من أنه لو أذن فى حياته ثم مات لم يحتج إلى إذن من الورثة ، ويحتمل أن يقال بالأول فيعتبر إذن الولى لأنه لايجب عليه إحضاره إلا إذا أذن ، والأول أقرب (قوله ما بقى حجره) شمل قوله ما بقى حجره مالو بلغ الصبى غير رشيد . وقضية ما يأتى فى السفيه أن الطلب متعلق به دون الولى ، وقد يقال لما سبق إذن الولى استصحب . وعليه فيفرق بين الكفالة ببدنه بعد بلوغه سفيها وبين الكفالة به قبل بلوغه إذا بلغ كذلك ، وخرج بقوله مابقى حجره مالوبلغ الصبى رشيدا وأفاق المجنون فيتوجه الطلب عليهما وإن لم يسبق منهما إذن اكتفاء بإذن وليهما (قوله أما السفيه) قسيم الصبى والمجنون : أى سواء بلغ غير مصلح لدينه وماله واستمر الحجر عليه أو بلغ مصلحا لهما ثم فسق وبذّر حجر عليه أولا (قوله فظاهر كلامهم الخ) معتمد (قوله إذن وليه) أى السفيه (قوله دونه) وحيث قلنا إن السفيه لاتصح كفالته إلا بإذن وليه فينبغى أن محله إذا ترتب على كفالته فوات مال أو أكساب اهـ سم على منهج (قوله قال ومثله) أى مثل السفيه بناء على ما اقتضاه كلامهم لا على مابحثه الأذرعى فيه

الحكم وليس كذلك ، وعبارة الروض : بمن لزمه إجابة إلى مجلس الحكم أو استحق إحضاره ، إلى أن قال : وببدن آبق وأجير فجعلهما معطوفين على الضابط (قوله فلا يشكل بما ذكر هنا) أى من منع الكفالة فى حدوده تعالى ، وقوله مع وجوب الخ إشارة إلى دفع إشكال ثان يرد على قصة الغامدية وهو أن الحد يجب فيه الفور فلم أخر حدّها . والحاصل أن قصة الغامدية مشكلة من وجهين (قوله ومثله القنّ) فيه أمران : الأول أنه ليس من كلام الأذرعى فإسناده إليه فى غير محله . الثانى أنه جعل ضد الشيء مثله مع أن إلحاق القن بالسفيه بحث لغير

لايتوقف على السيد كإتلافه الثابت بالبينة (ومحبوس) بإذنه لتوقع خلاصه كما يصح ضمان معسر المال (وغائب) لذلك ولوفوق مسافة القصر وإن جهل مكانه كما دل عليه كلام الأنوار فيلزمه الحضور معه حيث عرف مكانه لإذنه السابق المقتضى لذلك فهو المورّط لنفسه ، ومخالفة الإمام فيه مبنية على مرجوح (وميت ليحضره فيشهد) بضم أوله وفتح ثالثة (على صورته) لعدم العلم باسمه ونسبه إذ قد يحتاج إلى ذلك ، ومحله قبل دفنه لابعده وإن لم يتغير ومع عدم النقل المحرم وأن لايتغير فى مدة الإحضار وإذن الولى فى مثل هذه الأحوال لغو كما ذكره الأذرعى ويشترط إذن الوارث كما بحثه فى المطلب : أى إن تأهل وإلا فوليه كناظر بيت المال ووافقه الأسنوى ، ثم بحث اشتراط إذن كل الورثة وتعقبه الأذرعى بأن كثيرين صوّروا مسئلة المتن بما لو كفله بإذنه فى حياته ، ويمكن حمل الأول على ما إذا لم يأذن . والأوجه أنه إن كان محجورا عليه عند موته اعتبر إذن الولى من ورثته فقط وإلا فكلهم ، فإن كان فيهم محجور عليه قام وليه مقامه . أما من لاوارث له كذمى مات ولم يأذن فالأوجه عدم صحة كفالته

(قوله ومحبوس) أى سواء حبس بحق أم لا خلافا لابن عبد الحق حيث قيد بالأول ، ويؤيده قول الشارح لتوقع خلاصه الخ (قوله وغائب لذلك) أى لتوقع خلاصه : أى من الغيبة بأن يحضر (قوله وإن جهل مكانه) خلافا لحج ، وقد يوجه بأن فائدة الكفالة إحضار المكفول ولا يتأتى إلا إذا عرف مكانه ، ويرد بأنه لايلزم من الجهل بمكانه وقت الكفالة استمرار ذلك (قوله فيلزمه الحضور معه) أى سواء كان ببلد بها حاكم حال الكفالة أو بعدها طلب إحضاره بعد ثبوت الحق أو قبله للمخاصمة على المعتمد خلافا للزركشى وغيره اهـ حج (قوله ومخالفة الإمام فيه) أى فى صحة كفالة من فوق مسافة القصر (قوله وميت) أى ولو كان عالما ووليا ونبيا ، ولا نظر لما يترتب على ذلك من المشقة فى حضورهم فى جانب الخروج من حقوق الآدميين (قوله ومحله) أى محل صحة كفالة الميت كما يصرح به كلام المحلى حيث قال عقب قول المصنف وميت قبل دفنه (قوله قبل دفنه) المراد بالدفن وضعه فى القبر وإن لم يهل عليه التراب ، وينبغى أن مثل الوضع إدلاؤه فى القبر . ثم رأيت فى سم على حج فى العارية وعبارته : بل يتجه امتناع الرجوع : أى فى العارية بمجرد إدلائه وإن لم يصل إلى أرض القبر لأن فى عوده من هواء القبر بعد إدلائه إزراء به فتأمل (قوله كما بحثه) أى ابن الرفعة (قوله إن تأهل) أى بأن كان رشيدا ، أما غيره ولوسفيها فيعتبر إذن وليه على ما اقتضاه كلامه ، وعليه فيفرق بين الكفالة ببدن السفيه حيث يعتبر إذنه دون وليه وبين كفالة مورثه بأن الحق فى كفالة المورث متعلق بغير السفيه وقد تكون المصلحة فى عدم إحضاره وهو لايعرفها (قوله ثم بحث اشتراط إذن الخ) معتمد (قوله كل الورثة) أى حيث لم يأذن فى حياته لما يأتى من الحمل (قوله من ورثته) التقييد به يقتضى تخصيص الولى بالأب والجد دون الوصى والقيم إن كانا غير وارثين . وعبارة شيخنا الزيادى : وحاصله أنه إن كان للميت ولىّ قبل موته اعتبر إذنه فقط لا إذن الورثة وإن لم يكن له ولىّ قبل موته اعتبر إذن جميع الورثة إن كانوا أهلا للإذن وإلا فإذن أوليائهم ، وهى تفيد أنه لافرق فى الولى بين الوصى وغيره (قوله قام وليه) ومحل الاعتداد بإذن الولى حيث لم يترتب على إحضاره نقل محرّم ولا خيف تغيره كما سبق

الأذرعى . وعبارة التحفة : وبحث الأذرعى اشتراط إذن ولى السفيه ، وله احتمال بخلافه وهو الذى يظهر ترجيحه إلى أن قال : ثم رأيت غيره : أى غير الأذرعى قال : ومثله القن الخ . وعبارة الأذرعى : والظاهر أن المعتبر فى كفالة بدن السفيه إذن وليه لا إذنه ويحتمل غيره انتهت . (قوله كناظر بيت المال) أى فيمن لا ولىّ له خاص

(ثم إن عين مكان التسليم) في الكفالة (تعين) إن كان صالحا كما قاله بعض المتأخرين وإلا بأن لم يكن صالحا أو كان له مؤنة فلا بد من بيانه ، ولو خرج عن الصلاحية بعده تعين أقرب محل إليه قياسا على السلم وإن فرق بعضهم بينهما لإمكان ردّه بأن المدار في البابين على العرف وهو قاض بذلك فيهما. ويشترط أن يأذن فيه المكفول ببدنه فيما يظهر كما بحثه الأذرعي ، فإن لم يأذن فسدت ، ولا يغني عن ذلك مطلق الإذن في الكفالة وقد يتوقف فيه وسواء أكان ثم مؤنة أم لا (وإلا) بأن لم يعين مكانا (فمكانها) إن صلح (ويبرأ الكفيل بتسليمه) أو تسليم وكيله (في مكان التسليم) المتعين بما ذكر وإن لم يطالبه به (بلا حائل) بينه وبين المكفول له لإتيانه بما لزمه ، بخلاف ما إذا سلمه له بحضرة مانع (كمتغلب) يمنعه منه فلا يبرأ لعدم حصول المقصود . نعم لو قبل مختارا برئ وخرج بمكان التسليم غيره فلا يجبر على قبوله فيه حيث امتنع لغرض بأن كان لمحل التسليم بينة أو من يعينه على خلاصه وإلا أجبره الحاكم على قبوله فإن صمم تسلمه عنه ، فإن فقد الحاكم أشهد أنه سلمه له وبرئ ، ويجرى هذا التفصيل فيما لو أحضره قبل زمنه المعين ، ويبرأ بتسليمه له محبوسا بحق أيضا لإمكان إحضاره ومطالبته ، بخلاف مالو حبس بغير حق لتعذر تسليمه ، ولو ضمن له إحضاره كلما طلبه المكفول له لم يلزمه غير مرة لأنه فيما بعدها معلق للضمان على طلب المكفول له وتعليق الضمان يبطله ، قاله البلقيني وتابعه عليه بعضهم ، وهو الأوجه وإن نظر فيه بأن مقتضى اللفظ تعليق أصل الضمان عن الطلب وتعليقه مبطل له من أصله (وبأن يحضر المكفول) البالغ العاقل محل التسليم ولا حائل (ويقول) للمكفول له (سلمت نفسي عن جهة الكفيل) ولو في غير زمن التسليم ، ومحله حيث لا غرض في الامتناع فيشهد أنه سلم نفسه عن كفالة فلان ويبرأ الكفيل ، كذا أطلقه الماوردي ، والأوجه أخذا مما مر قبله أنه لا يكفي إشهاده إلا إن فقد الحاكم . أما المحجور عليه لصبا أو جنون فلا عبرة بقوله إلا إن رضي به

(قوله ويشترط الخ) معتمد (قوله فيه) أي في المكان (قوله ولا يغني عن ذلك الخ) معتمد (قوله وقد يتوقف فيه) أي بأن يقال حيث أذن في ذلك لا تتفاوت الأماكن فيه ، ويرد بين الأماكن قد تختلف بالنسبة له بأن يكون له غرض فيما أذن فيه بخصوصه كمعرفة أهله له مثلا (قوله وسواء أكان ثم مؤنة) أي في حضور المكفول (قوله فمكانها) والمراد به قياسا على ما في السلم تلك المحلة لا ذلك المحل بعينه (قوله أو تسليم وكيله) أي وكيل الكفيل . وعبارة حج بعد قول المصنف بتسليمه : أي بنفسه أو وكيله إلى المكفول وهي صريحة فيما قلناه ، وقضيته أنه لا يكفي إحضار وكيل المكفول ببدنه وهو ظاهر إن لم يتسلمه المكفول له (قوله نعم لو قبل) أي المكفول له (قوله تسلمه) أي الحاكم (قوله فإن فقد) أي الكفيل الحاكم أي بغيبته عن البلد إلى ما فوق مسافة العدوى أو مشقة الوصول إليه لتحجبه أو طلب دراهم وإن قلت (قوله ويبرأ بتسليمه) المراد من هذه العبارة أن الكفيل إذا سلم المكفول للمكفول له وهو محبوس برئ إن كان الحبس بحق كأن كان على دين لما علل به الشارح ، بخلاف ما إذا كان المكفول تحت يد متغلب فلا يبرأ لما علل به أيضا (قوله وتعليقه مبطل) أي فلا يلزمه إحضاره مطلقا (قوله البالغ العاقل) أي ولو سفيها (قوله فيشهد) أي المكفول (قوله فلا عبرة بقوله) وينبغي أن محله ما لم يحضر ويقول

(قوله إن كان صالحا) انظر لو كان غير صالح هل تبطل الكفالة أو تصح ويحمل على أقرب محل إليه فيه نظر ، والمتبادر الأول فليراجع (قوله وإلا بأن لم يكن صالحا أو كان له مؤنة فلا بد من بيانه إلى قوله وهو قاض بذلك فيهما) ليس هذا موضع وضعه وإنما موضعه عقب قوله إن صلح الآتي عقب قول المصنف فمكانها (قوله في المتن بتسليمه) يصح أن يكون الضمير فيه للكافر فالمصدر مضاف إلى فاعله ، وأن يكون للمكفول له فهو مضاف

المكفول له كما بحثه الأذرعي وتسليم وليّ المكفول كتسليمه (ولا يكفي مجرد حضوره) من غير قوله المتقدم لإنتفاء تسليمه أو أحد من جهته إليه حتى لو ظفر به المكفول له ولو بمجلس الحكم وادعى عليه لم يبرأ الكفيل ، ولو سلمه اليه أجنبي عن جهة الكفيل بإذنه برئ وإلا فلا إن لم يقبل ، فإن قبل ولا يجبر عليه برئ الكفيل ، ولو تكفل به اثنان معا أومرتبا فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر وإن قال سلمته عن صاحبي ، ولو كفل واحد لاثنين فسلم إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر ، فإن تكافلا برئ محضره من الكفالتين والآخر من الأخرى فقط ، وإن قال المكفول له أبرأتك من حقي برئ أولا حق لي على الأصيل أو قبله فوجهان ، أصحهما براءة الأصيل والكفيل بذلك (فإن غاب) المكفول (لم يلزم الكفيل احضاره إن جهل مكانه) لعذره . ويقبل قوله في جهله ذلك بيمينه (وإلا) بأن علم مكانه (فيلزمه) عند أمن الطريق ولو في بحر غلبت فيه السلامة فيما يظهر ولم يكن ثم من يمنعه منه ، وسواء أكان في دون مسافة القصر أم فيها وإن طالت ، وما يغرمه الكفيل من مؤنة السفر في هذه الحالة في ماله وقول الشارح من مسافة القصر فما دونها مراده به من مسافة تقصر فيها الصلاة لا التقييد بمرحلتين ، وقوله وبمسافة الإحضار تتقيد غيبته في صحة كفالته كما قاله الإمام والغزالي إما مفرّع على المرجوح أو محمول على ماقررنا به كلامه ، ولو كان المكفول ببدنه يحتاج لمؤن السفر ولا شيء معه اتجه أن يأتي فيه ما لو كان المكفول محبوسا بحق ، وقد ذكر

أرسلني وليي إليك لأسلم نفسي عن جهة الكفالة ، ويغلب على الظن صدقه أخذا مما قالوه في الإذن في دخول الدار وإيصال الهدية (قوله كما بحثه الأذرعي) معتمد (قوله أو أحد) أي بأن كان وليا (قوله وإن قال) ينبغي ما لم يرض المكفول له بذلك (قوله والآخر من الأخرى) أي وهي كفالة صاحبه دون كفالة المكفول ببدنه (قوله أصحهما براءة الأصيل والكفيل بذلك) أي حيث لم يظن أن ذلك لايؤثر في عدم سقوط الحق على ما يأتي في قول سم على منهج : فرع من الوقائع مستحق طالب الخ (قوله إن جهل مكانه) ولا يكلف السفر إلى الناحية التي علم ذهابه إليها وجهل خصوص القرية التي هو بها ليبحث عن الموضع الذي هو به (قوله ولم يكن ثم الخ) .

[تنبيه] من الواضح أنه إنما يلزم بالسفر للإحضار ويمكن منه إن وثق الحاكم منه بذلك وثوقا ظاهرا لايتخلف عادة ، وإلا فالذي يظهر أنه يلزم حينئذ بكفيل كذلك ، فإن تعذر حبس حتى يزن المال قرضا أو ييأس من إحضاره انتهى حج (قوله من مؤنة السفر) أي على نفسه وأما معرفة المكفول فستأتي في قوله ولو كان المكفول ببدنه الخ (قوله في ماله) أي مال نفسه (قوله أو محمول على ماقررنا به كلامه) أي في قوله مراده به من مسافة

لمفعوله الثاني ، وأما رجوعه للمكفول فهو وإن صح في المتن في حدّ ذاته إلا أنه يأباه قول الشارح أو تسليم وكيله ويمنع الثاني أيضا أنه سيأتي في قول الشارح ولو سلمه إليه أجنبي بإذنه برئ ، وحينئذ فيتعين في الشارح حمله على الأول (قوله كتسليمه) أي المكفول المعتبر تسليمه (قوله وادعى عليه) أي ولم يستوف منه الحق بقرينة ما يأتي آخر السوادة (قوله فإن تكافلا) محل وضعه قبل قوله ولو كفل واحد لاثنين (قوله في هذه الحالة) أي حالة إلزامه إحضاره (قوله وبمسافة الإحضار تتقيد غيبته) هذا إنما ذكره الشارح الجلال عقب قول المتن الآتي : وقيل إن غاب إلى مسافة القصر ، ولا يخفى أنه أشار به إلى أن صحة كفالة الغائب تابعة للزوم إحضاره ، فالمحل الذي يلزمه إحضاره منه لو طرأت غيبته هو الذي تصح كفالته فيه لو كان غائبا ابتداء فسيأتي فيه القولان ، فقول الشارح هنا أنه مفرّع على المرجوح فيه وقفة ظاهرة (قوله على ماقررنا به كلامه) يتأمل مع عبارة الشارح

صاحب البيان وغيره فيه أنه يلزمه قضاؤه وفيه نظر إلا أن يحمل على أن المراد أنه مع حبسه بحق فى غير محل التسليم يلزم بإحضاره ويحبس مالم يتسبب فى تحصيله ولو ببذل ما عليه (ويمهل مدة ذهاب وإياب) على العادة لأنه الممكن. وينبغى كما قاله الأسنوى أن يعتبر مع ذلك مدة إقامة المسافرين للاستراحة وتجهيز المكفول، وهو كما أفاده الشيخ فى الأولى ظاهر فى مسافة القصر فأكثر بخلاف ما دونها، والظاهر كما قاله الأذرعى امهاله عند الذهاب والعود لانتظار رفقة يأمن بهم، وعند الأمطار والثلوج الشديدة والأوحال المؤذية التى لاتسلك عادة ولا يحبس مع هذه الأعذار (فإن مضت) المدة المذكورة (ولم يحضره حبس) مالم يؤد الدين كما قاله الأسنوى لأنه مقصر، فلو أداه ثم قدم الغائب فالأوجه أن له استرداده إن كان باقيا وبدله إن تلف خلافا للغزى لأنه ليس بمتبرع بالأداء وإنما غرمه للفرقة، ويتجه كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى أن يلحق بقدومه تعذر حضوره بموت ونحوه حتى يرجع به، وإذا حبس أديم حبسه إلى تعذر إحضار الغائب بموت أو جهل بموضعه أو إقامته عند من يمنعه، قاله فى المطلب (وقيل إن غاب الى مسافة القصر لم يلزمه إحضاره). لأنها بمنزلة غيبته المنقطعة، ورد بأن مال المدين لو غاب اليها لزمه إحضاره فكذا هو ولا فرق فى جميع ماذكر بين أن تطرأ الغيبة أو يكون غائبا وقت الكفالة (والأصح أنه إذا مات ودفن) أو هرب أو توارى ولم يعرف محله (لايطالب الكفيل بالمال) فالعقوبة أولى جزما

تقصر فيها الصلاة (قوله أنه يلزمه) أى الكفيل (قوله قضاؤها) أى الدين: أى فيقال هنا يلزمه مؤن السفر، ثم إن كان قضاؤه للدين بإذن المدين وصرفه على المكفول مايحتاج إليه بإذن رجع وإلا فلا لأنه متبرع بذلك، ولا يلزم من كونه نشأ عن الضمان المأذون له فيه أن يكون مأذونا له فى الأداء والصرف على المكفول، ومع ذلك فله الرفع إلى قاض يأذن للكفيل فى صرف مايحتاج إليه قرضا، لأن المكفول بإذنه فى الكفالة التزم الحضور مع الكفيل للقاضى ومن لازمه صرف مايحتاج إليه (قوله فى الأولى) والثانية هى قوله وتجهيز المكفول (قوله فى مسافة القصر فأكثر) ينبغى أن مثل ما ذكر من الأعذار مالو غرب المكفول لزنا ثبت عليه فيمهل الكفيل مدة التغريب (قوله لأنه مقصر) علة للحبس (قوله وإنما غرمه للفرقة) أى الحيلولة بينه وبين من عليه الحق، وزاد حج بعد قوله للفرقة والكلام حيث لم ينو الوفاء عنه وإلا لم يرجع بشىء لتبرعه بأداء دينه بغير إذنه (قوله ويتجه) ولو تعذر رجوعه على المؤدى إليه فهل يرجع على المكفول لأن أداءه عنه يشبه القرض الضمنى له أولا لأنه لم يراع فى الأداء جهة المكفول بل مصلحة نفسه بتخليصها لها به من الحبس كل محتمل. والثانى أقرب اهـ حج (قوله لايطالب الكفيل بالمال).

[فرع] كفله إلى أول شهر رجب بإذنه ليحضره بعد حلوله ثم مات المكفول قبل حلول الأجل هل يلزمه إحضاره الآن لحلول الدين عليه أم لا؟ فيه نظر، والأقرب الأول، ويحمل قوله إلى رجب مثلا على لازمه وهو حلول الدين فمتى حل بموته لزمه إحضاره، ويفرق بين هذا وبين مالو ضمن دينا مؤجلا فمات المضمون قبل حلول الأجل حيث بقى الأجل فى حق الضامن مع حلوله على المضمون عنه بأن بقاء الأجل ثم فى حق الضامن لايلزمه تفويت وبقاؤها هنا يؤدى إلى فوات مقصود الكفالة إذ يتعذر إحضاره بعد الدفن وإن حل الأجل (قوله فالعقوبة)

الجلال (قوله فى الأولى) أى الاستراحة: يعنى وأما الثانية فهو ظاهر فيها مطلقا ووجهه ظاهر، وعبارة الشيخ عقب كلام الأسنوى المذكور نصها: وما قاله ظاهر فى مسافة القصر فأكثر اهـ. فاستظهر كلام الأسنوى فى المسئلتين بالشرط المذكور، والشارح أراد أن يوافقه فى تقييد الأولى ويبقى الثانية على إطلاقها فعبر بما قاله بما فيه من القلاقة (قوله حتى يرجع به) أى حتى يرجع الكفيل بما غرمه (قوله فالعقوبة أولى جزما) يوهم أن الجزم

لأنه لم يلتزمه أصلا بل النفس وقد فاتت ، وانما ذكر الدفن لأنه قبله قد يطالب بإحضاره للإشهاد على صورته كما مر لأنه يطالب قبله بالمال كما هو ظاهر . والثانى يطالب به لا عن الإحضار المعجوز عنه لأن ذلك فائدة هذه الوثيقة ، وظاهر إطلاق المصنف عدم الفرق فى جريان الخلاف بين أن يخلف المكفول وفاء أم لا ، لكن قال الأسنوى تبعا للسبكى : إن ظاهر كلامهم اختصاصه بما إذا لم يخلف ذلك ، ولا شىء على من تكفل ببدن رقيق فات أو زوجة فاتت (والأصح أنه لو شرط فى الكفالة أنه يغرم المال) ولو مع قوله (إن فات التسليم بطلت) الكفالة اذ هو شرط ينافى مقتضاها بناء على أنه لايغرم عند الإطلاق ، والثانى تصح بناء على مقابله ، وإنما صح قرض شرط فيه ردّ نحو مكسر عن نحو صحيح وضمان بشرط الخيار للمضمون له أو حلول المؤجل لأن الغرم هنا مستقل يفرد بعقد فأثر شرطه كشرط عقد وغيره مما ذكر صفة تابعة لايخل بمقتضى العقد من كل وجه فألغيت وحدها ، وصورة المسئلة كما قاله الأسنوى عن الماوردى أن يقول كفلت بدنه بشرط الغرم أو على أنى أغرم أو نحوه ، فلو قال كفلت بدنه فإن مات فعلىّ المال صحت الكفالة و بطل التزام المال ، وهو محمول كما قاله الزركشى على ما إذا لم يرد به الشرط : أى والا بطلت الكفالة أيضا ، وما عورض به من أنه يرجع إلى الاختلاف فى دعوى الصحة والفساد والأصح تصديق مدعى الصحة كما مر يجاب عنه بأنه وإن رجع إلى ذلك بطلت أيضا كما لو باع ذراعا من أرض وقال أردت به معينا لأنه أعلم بنيته ، ولو قال كفلت لك نفسه على أنه إن مات فأنا ضامنه بطلت الكفالة والضمان لأنه شرط ينافيها أيضا (و) الأصح (أنها لاتصح بغير رضا المكفول) أو وليه لأنه مع عدم إذنه لايلزمه الحضور معه فتبطل فائدتها ، والثانى تصح بناء على أنه يغرم فيلزمه المال لأنه عاجز عن إحضاره ، وعلم من كلامه عدم اشتراط رضا المكفول له بالكفيل كما فى ضمان المال ، فلو كفل به بلا إذن لم تلزمه إجابة

أى من خدّ أو غيره (قوله قبله) أى الدفن (قوله وظاهر إطلاق المصنف الخ) معتمد (قوله ولا شىء على من تكفل) أى قطعا ، وإلا فهذا معلوم من قول المصنف والأصح أنه إذا مات الخ ، إذ لافرق بين المال ومن ذكر من العبد الخ (قوله كشرط عقد) أى فى عقد (قوله فألغيت وحدها) يتأمل معنى إلغاء شرط الخيار للمضمون له فإنه صاحب الحق ومتمكن من الإبراء متى شاء فاشتراط الخيار له تصريح بمقتضى العقد ، ويمكن أن يجاب بأن معنى إلغائها أنه لايترتب عليها شىء يزيد على مقتضى العقد (قوله وما عورض به) أى قوله كما قال والزركشى الخ (قوله فى دعوى الصحة) أى من قوله صحت الكفالة (قوله من أرض) أى الدين (قوله بغير رضا المكفول) ظاهره أنها بدون الإذن باطلة ولو قدر الكفيل على إحضار المكفول قهرا عليه ، وقياس ماتقدم من صحة كفالة العين إذا كان قادرا على انتزاعها الصحة هنا أيضا ، إلا أن يفرق بأن العين وجوب إحضارها ممن قدر عليها لاتتوقف إلا على مجرد رضا مالكها بإحضارها والبدن يتوقف على وجوب حضور من عليه الحق ولا يجب ذلك عليه إلا بعد طلب القاضى من مسافة العدوى فما دونها ، على أنه قد لايجب الحضور مع ذلك كما لو قام به مانع كمرض فاحتيج إلى إذنه ليجب عليه موافقة الطالب إذا أراد إحضاره ولو من موضع لايجب عليه الحضور منه ككونه فوق مسافة العدوى (قوله أو وليه) ومثله سيد العبد على مامر من أنه لايعتبر إذن السيد فيما لايتوقف عليه كالإتلاف الثابت بالبينة (قوله عدم اشتراط رضا المكفول) وهل يرتد برده أولا فيه ماقدمنا فى رد المضمون له من كلام حج وسم على منهج الخ (قوله فلو كفل) مفرع على قوله وأنها الخ (قوله بلا إذن) هذا علم من قوله

بالنسبة للأولوية وليس كذلك فكان ينبغى أن يقول فالعقوبة أولى فلهذا لم يطالب بها جزما (قوله ولا شىء على من تكفل ببدن رقيق) أى قطعا ولعله سقط من الكتبة (قوله وما عورض به) أى وما عورض به ما اقتضاه قول الزركشى ما إذا لم يرد به الشرط من تصديقه فى هذه الإرادة .. وحاصل المعارضة أنه ينبغى أن يبنى على دعوى

الكفيل فليس للكفيل مطالبته وإن طالب المكفول له الكفيل كما رجحه ابن المقرى ، وقال الزركشى إنه الأقرب لأنه لم يوجه أمره بطلبه . قال : وتوجيه اللزوم بتضمن المطالبة التوكيل بعيد إلا إن سأله المكفول له إحضاره إلى الحاكم فيجب حتما إذ هو وكيل رب الدين ، ولا حبس عليه إن لم يحضره مطلقا لما مر أنه إنما وجبت الإجابة لأنه وكيل مع استدعاء الحاكم ، أما الكفيل بالإذن فيحبس إن لم يحضره كما مر ، ولو مات الكفيل بطلت الكفالة ولا شيء للمكفول له فى تركته أو المكفول له فلا ويبقى الحق لورثته ، فلو خلف ورثة ووصيا وغرماء لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم للجميع ، ويكفى التسليم إلى الموصى له عن التسليم إلى الوصى فى أوجه الوجهين إن كان المؤدى له محصورا لا كالفقراء ونحوهم كما قاله الأذرعى : هذا إن كانت الكفالة بسبب مال ، فإن لم تكن بسببه فالمستحق للكفالة الوارث وحده ، ويصح التكفل لمالك عين ولو خفيفة لا مؤنة لردها بردها لا قيمتها لو تلفت ممن هى بيده إن كانت يده يد ضمان وأذن من هى تحت يده أو قدر على انتزاعها منه ، فإن تعذر ردها لنحو تلف لم يلزمه شيء .

أولا لأنه مع عدم إذنه الخ ، لكنه ذكره هنا ليرتب عليه مابعده (قوله منه[1]) أى المكفول (قوله مطالبته) أى المكفول حيث لم يأذن له فى الكفالة (قوله وأن) غاية (قوله لأنه لم يوجه) أى لم يوجد وجه لطلبه الحضور لبطلان الكفالة من أصلها (قوله وتوجيه اللزوم) أى على كل من كفل بلا إذن من المكفول (قوله يتضمن المطالبة) أى من رب الدين (قوله ولا حبس عليه) أى فيما لو سأله المكفول إحضاره وقد كفل بلا إذن (قوله إن كان المؤدى له) أى وهو الموصى له ، وفى نسخة الموصى له وهى أظهر (قوله ويصح التكفل) ذكره هنا ولم يكتف بما نبه عليه من شمول المتن له فى قوله ويشترط فى المضمون كونه ثابتا لأنه لم يعلم ثم ماذكره هنا من الأحكام المتعلقة بضمان العين والله أعلم .

الصحة والفساد : أى فيصدق مدعى عدم نية الشرطية (قوله لأنه لم يوجه أمره الخ) عبارة شرح الروض : وقيل تلزمه إجابته فله مطالبته إن طالبه المكفول له كأن قال له اخرج عن حقى لأن ذلك يتضمن التوكيل فيه ، ثم قال وما رجحه : أى ابن المقرى : أى من عدم لزوم الإجابة قال الزركشى إنه الأقرب لأنه لم يوجه أمره بطلبه ، فقوله لأنه الخ رد لاكتفاء الضعيف بتضمن قول المكفول له إخرج عن حقى لتوكيله فى المطالبة . والحاصل أنه إذا كفل بغير إذن لايلزم المكفول إجابته ، وإن طالبه المكفول له على الصحيح ، وقيل تلزمه فله مطالبته إن طلبه المكفول له كأن قال اخرج عن حقى لكن لا للكفالة بل لأن ذلك يتضمن التوكيل فى الطلب فكأنه صار وكيل المكفول له فى طلب المكفول فتلزمه إجابته لكن بشرط استدعاء القاضى ، والصحيح لايكتفى بذلك ويقول لابد من توجيه الأمر بطلبه صريحا بشرطه وبهذا يعلم ما فى حاشية الشيخ (قوله إلا إن سأله المكفول له الخ) ظاهره أنه من تتمة كلام الزركشى وليس كذلك ، وإنما هو تقييد لقوله لم تلزمه إجابة الكفيل كما يعلم من الروض وشرحه (قوله فيجب حتما) أى إن استدعاه القاضى بقرينة ما يأتى .

---

(١) (قوله منه) ليست موجودة بنسخ الشرح التى بأيدينا ، مصححه .

(فصل) فى صيغتى الضمان والكفالة

وهى الركن الخامس للضمان وفى مطالبة الضامن وأدائه ورجوعه وتوابع لذلك ، وعبر عن الركن بالشرط فقال (يشترط فى الضمان) للمال (والكفالة) للبدن أو العين (لفظ) غالبا إذ مثله الكتابة مع النية وإشارة أخرس مفهمة كما يعلم من كلامه فى مواضع (يشعر بالالتزام) كغيره ومن العقود ودخل فى يشعر الكناية فهو أوضح من قول الروضة كغيرها تدل لأنها ليست دالة : أى دلالة ظاهرة ثم الصريح (كضمنت) وإن لم يضم له لك كما دل عليه عدم ذكر المصنف لها وإن ذكرها كالرافعى فى كتب فقد قال الأذرعى وغيره إنه ليس بشرط (دينك عليه) أى فلان (أو تحملته أو تقلدته) أو التزمته (أو تكفلت ببدنه أو أنا بالمال) الذى على عمرو مثلا (أو بإحضار الشخص) الذى هو فلان (ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل) أو قبيل

(فصل) فى صيغتى الضمان والكفالة

(قوله وهى) أى الصيغة (قوله للضمان) أى وللكفالة أيضا وأراد به مايشملها (قوله وتوابع ذلك) كمقدار مايرجع به أو جنسه وحكم ما لو أدى دين غيره بلا ضمان (قوله وعبر عن الركن بالشرط) أى لأنه أراد بالشرط مالابد منه فيصدق بالركن ، ويجوز أن يقال : عبر بالشرط لما اشتمل عليه الكلام من القيد وهو قوله يشعر بالالتزام ، فكأنه قال : يشترط إشعار اللفظ بالالتزام (قوله إذ مثله الكتابة) ظاهره أنه لافرق بين كونها من الأخرس أو غيره ، ونقل سم على منهج عن الشارح أن هذا هو المعتمد ، وعبارة حج فى أول الباب عند قول المتن شرط الضامن الرشد نصها : تنبيه : وقع لهما هنا مايقتضى أن كتابة الأخرس المنضم إليها قرائن تشعر بالضمان صريحة وإن كان له إشارة مفهمة ، وفيه نظر ظاهر لإطلاقهم أن كتابته كناية ، ولقولهم الكناية لاتنقلب إلى الصريح بالقرائن وإن كثرت كأنت بائن محرمة أبدا لاتحلين لى ، وعلى ما اقتضاه كلامهما فهل يختص ذلك بالضمان أو يعم كل عقد وحل ويقيد بهذا ما أطلقوه ثم للنظر فيه مجال ، والأول بعيد المعنى لأن الضمان عقد غرر وغير محتاج فلا يناسب جعل تلك الكتابة صريحة فيه دون غيره . والثانى بعيد من كلامهم اهـ : أى فالكتابة كناية سواء انضم إليها قرائن أم لا وجدت من الأخرس أو الناطق فيوافق ماتقدم عن م ر وسواء فى الأخرس أكان له إشارة مفهمة أم لا (قوله ودخل فى يشعر الكناية) بالنون صريح فى أن الإشعار أمر خفى ، وقد يخالفه قول البيضاوى فى تفسير قوله تعالى ـ وما يخادعون إلا أنفسهم وما يشعرون ـ لايحسون بذلك لتمادى غفلتهم جعل لحوق وبال الخداع ورجوع ضرره إليهم فى الظهور كالمحسوس الذى لايخفى إلا على مؤف الحواس : أى الذى أصيبت حواسه بالآفة حتى فسدت والشعور الإحساس ومشاعر الإنسان حواسه اهـ (قوله لأنها) أى الكناية بالنون (قوله دينك عليه) هو ظاهر إن اتحد الدين وتوافقا عليه ، فلو كان عليه دين قرض وثمن مبيع مثلا وطالبه رب الدين فقال الكفيل ضمنت دينك عليه ثم قال بعد ذلك أنا ضمنت شيئا خاصا كدين القرض مثلا فهل يصدق فى ذلك أم لا ؟ فيه نظر ، وينبغى تصديق الكفيل إن دلت عليه قرينة كما لو طالبه بدين القرض فقال ذلك ، فلو لم تقم على ذلك قرينة حمل على جميع الديون لأن الدين مفرد مضاف إلى معرفة فيعم (قوله أو أنا بالمال أو بإحضار الشخص الذى هو فلان) قال حج بعد مثل ما ذكر : وإنما قيدت المال والشخص بما ذكرته لما هو واضح أنه لايكفى ذكر ماف

أو على ماعلى فلان ومالك على فلان على ثبوت بعضها نصاوباقيها قياسامع اشتهار لفظ الكفالة بين الصحابة فمن بعدهم والكناية نحودين فلان إلى أوعندى ولوتكفل ثم أبرأه المستحق ثم وجده ملازما لخصمه فقال خله وأنا على ماكنت عليه من الكفالة صاركفيلا وفارق ما لو قال سيد المكاتب بعد فسخ الكتابة أقررتك عليها حيث لم تعد بان الضمان محض غرر وغبن فكفى فيه ذلك من الملتزم بخلاف الكتابة ونحوها وظاهر كلامهم أنه يشترط لصراحة هذه الألفاظ ذكر المال فنحو ضمنت فلانا من غير ذكر مال كناية فيما يظهر كما يدل عليه مامر فى إلى أو عندى (ولو قال أؤدى المال أوأحضر الشخص فهو وعد) بالالتزام لايلزم الوفاء به لأن الصيغة غير مشعرة بالالتزام. نعم إن حفت به قرينة تصرفه إلى الإنشاء انعقد به كما بحثه ابن الرفعة وأيده السبكى بكلام الماوردى وغيره ، وظاهر كلام ابن الرفعة أن القرينة تلحقه بالصريح ، لكن الأذرعى اشترط النية من العامى وجعل غيره محتملا . نعم

المتن وحده . فإن قلت : يحمل على ما إذا قال ذلك بعد ذكرهما وتكون أل للعهد الذكرى بل وإن لم يجر لهما ذكر حملا لها على العهد الذهنى . قلت : لايصح هذا الحمل وإن أوهمه قول الشارح المعهود بل الذى يتجه أنه فيها كناية لما مر أول الباب. أنه لا أثر للقرينة فى الصراحة اه (قوله أو على ما على فلان) أى إذا ضم إليه لك بأن قال مالك على الخ فيما يظهر (قوله ثم أبرأه) أى الكافل (قوله المستحق) أى المكفول له (قوله ثم وجده) أى الكفيل (قوله لخصمه) أى المكفول (قوله صار كفيلا) أى فيكون صريحا (قوله حيث لم تعد) ظاهره وإن قبل العبد ، ولكن يخالف هذا ماتقدم عن شيخنا الزيادى نقلا عن بعض الهوامش فى باب اختلاف المتبايعين عند قول المصنف وإلا فيفسخانه أوأحدهما أو الحاكم الخ من قوله فإن قالا أبقينا العقد على ماكان عليه أو أقررناه عاد العقد بعد فسخه للملك المشترى من غير صيغة بعت واشتريت وإن وقع ذلك بعد مجلس الفسخ الأول اه ويخالف أيضا ما يأتى فى القراض من أنه لو مات أحد العاقدين فقرر الوارث العقد صح ، وماذكره الشارح فى القراض من أن البائع لو قرر العقد بعد فسخه وقبله المشترى اكتفى به عن الصيغة مع أن البيع ونحوه ليسا مبنيين على الغرر. نعم يمكن أن لايراد عقد الكتابة لما فرق به الشارح ثم بين البيع والنكاح من أن النكاح يعتبر له صيغة خاصة وهى الإنكاح أو التزويج فلم يكتف فيه بالتقرير فيقال مثله فى الكتابة ويبقى غيرهما على إشكاله بالنسبة للضمان فلينظر هذا . وقوله ونحوها ينبغى على مافرق به قصره على النكاح خاصة حتى لو فسخ نكاح زوجته أو طلقها ثم قال قررت نكاحها لاتعود الزوجية (قوله ونحوها) أى فإنها عقود معاوضة لا غرر فيها ولا غبن (قوله فيما يظهر) أى فإن نوى به ضمان المال وعرف قدره صح وإلا فلا . وقال ع ماحاصله إنه إن لم يرد به ضمان المال حمل على كفالة البدن لأنه لايشترط لصحتها معرفة قدر المال المضمون اه . وقد يحمل كلام الشارح على أنه إذا لم ينو بما ذكره التزاما كان لغوا ، وإن نوى به التزام المال أو البدن عمل بما نواه ، وإن نوى به الالتزام لا بقيد المال ولا البدن حمل على البدن (قوله كما يدل عليه مامر) لم يقدم فى قوله والكناية نحو دين فلان إلى أو عندى مايظهر منه الدلالة على ماذكره وعبارة حج كعبارة الشارح أولا وآخرا (قوله إلى الإنشاء) أى كأن رأى صاحب الحق يريد حبس المديون فقال الضامن أنا أؤدى المال فذلك قرينة على أنه يريد أنا ضامنه ولا تتعرض له (قوله بكلام الماوردى) وهو أنه لو قال إن سلم مالى أعتقت عبدى انعقد نذره اه حج (قوله محتملا) أى لأن يوافق ابن الرفعة من

(قوله صار كفيلا) أى فاللفظ صريح كما فى حاشية الشيخ (قوله من غير ذكر مال كناية الخ) عبارة التحفة : من غير ذكر مال ينبغى أن يكون كناية كخل عن مطالبة فلان الآن فإنه كناية كما يدل عليه مامر الخ ، فالضمير فى قوله يدل عليه راجع لقوله كخل عن مطالبة فلان وهو ساقط من عبارة الشارح فليحرر (قوله وجعل غيره محتملا)

قول الشيخين عن البوشنجي في طلقي نفسك فقالت أطلق لم يقع شيء حالا لأن مطلقه للاستقبال فإن أرادت به الإنشاء وقعت حالا. قال الأسنوي: ولا شك في جريانه في سائر العقود ظاهر في أنه يؤثر مع النية وحدها لامع عدمها سواء العامي وغيره وجدت قرينة أم لا، وبه يعلم أن محل مامر عن الماوردي إن نوى به الالتزام وإلا لم تنعقد (والأصح أنه لايجوز تعليقهما) أي الضمان والكفالة (بشرط) لأنهما عقدان كالبيع . والثاني يجوز لأن القبول لايشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق (ولا توقيت الكفالة) كأنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء . والثاني يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة ، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعا كما يشعر به كلامه حيث أفردها ، ولا يجوز شرط الخيار للضامن أو الكفيل أو أجنبي لمنافاته مقصودهما من غير حاجة إليه لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر ، ولو أقر بضمان أو كفالة بشرط خيار مفسد أو قال الضامن أو الكفيل لاحق على من ضمنت أو كفلت به أو قال الكفيل برئ المكفول صدق المستحق بيمينه ، فإن نكل حلف الضامن والكفيل وبرئا دون المضمون عنه والمكفول به ، ويبطل الضمان بشرط إعطاء مال لايحسب من الدين ،

الاكتفاء بالقرينة وأن يأخذ بإطلاقهم أنه لغو اهـ حج (قوله قول الشيخين) مبتدأ خبره ظاهر الآتي (قوله فإن أرادت به) أي أطلق (قوله وقعت) أي تلك الطلقة (قوله سواء العامي وغيره) معتمد (قوله أن محل مامر) أي عن حج في قوله وهو أنه لو قال إن سلم مال الخ (قوله حيث أفردها) أي الكفالة (قوله ولا يجوز شرط الخيار) أي فإن شرطه فسد العقد كما يعلم من قوله الآتي ولو أقر بضمان الخ (قوله أو أجنبي) أي بخلاف مالو شرطه للمضمون له أو المكفول له فإنه لايقتضي فساد العقد لأن كلا منهما له الخيار وإن لم يشرط (قوله بشرط خيار مفسد) أي بأن شرطه لنفسه أو لأجنبي (قوله لايحسب من الدين) هذا القيد إنما يظهر إذا كان الدافع هو الضامن أو المضمون عنه وكان الآخذ هو المضمون له ، وعليه فهلا قيل بإلغاء الشرط مع صحة الضمان كما لو أقرضه صحاحا بشرط رد مكسر ، اللهم إلا أن يقال : إن المال المغروم هنا ليس صفة للعقد فأثر اشتراطه ، بخلاف شرط المكسر عن الصحاح فإنه صفة للمعقود عليه فلم يؤثر ذكره أخذا مما مر للشارح عند قول المصنف والأصح أنه لو شرط في

أي حيث سكت عن حكمه إذ سكوته عنه صار حكمه بالنسبة إلينا محتملا لايدرى حكمه عنده ، وإلا فالأذرعي لم يتعرض لغير العامي وعبارته : ويشبه أن يقال إنه كناية فإن العامي يقصد به الالتزام ، فإن اعترف بقصده به الضمان أو الكفالة ألزم ذلك انتهت . ولما قال الشهاب حج والأذرعي : لايشترط إلا النية من العامي أعقبه بقوله ويحتمل في غيره أن يوافق ابن الرفعة : أي فيشترط فيه النية مع القرينة كما قرره قبل ذلك ، ويحتمل أن يأخذ بإطلاقهم إنه لغواه . ولك أن تقول : ما المانع من جعل الضمير في قول الأذرعي فإذا اعترف راجعا إلى مطلق القائل المفهوم من المقام ، ويؤيده أنه في مطلع كلامه جعله كناية مطلقا ، غاية الأمر أنه استظهر عليه بأن العامي يقصد به الالتزام : أي فقصد الالتزام به واقع في الجملة من العامي فلا بعد في كونه كناية ، ولا يخفى أن الأذرعي لايسعه أن يجعله كناية من العامي دون غيره لأنه لانظير له فتأمل (قوله وبه يعلم أن محل ما مر عن الماوردي إن نوى الخ) فيه أنه لايذكر كلام الماوردي فيما مر وهو أنه قال في باب النذر إذا قال إن سلم مالي أعتقت عبدي

ولو كفل بزيد على أن لى عليك كذا أو إن أحضرته وإلا فبعمرو أو بشرط إبراء الكفيل وأنا كفيل المكفول لم تصح (ولو نجزها) أى الكفالة (وشرط تأخير الإحضار شهرا) كضمنت إحضاره وأحضره بعد شهر (جاز) لأنه التزام بعمل فى الذمة فكان كعمل الإجارة يجوز حالا ومؤجلا ومن عبر بجوز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وخرج بشهر مثلا نحو الحصاد فلا يصح التأجيل إليه (و) الأصح (أنه يصح ضمان الحال مؤجلا أجلا معلوما) إذ الضامن تبرع والحاجة تدعو له فكان على حسب ما التزمه ويثبت الأجل فى حق الضامن وفهم منه بالأولى جواز زيادة الأجل ونقصه وإسقاط المال من قول أصله ضمان المال الحال ليشمل من تكفل كفالة مؤجلة ببدن من تكفل بغيره كفالة حالة ، وعلم من اشتراط معرفة الضامن لجنس الدين اشتراط معرفة كونه حالا أو مؤجلا . والثانى

الكفالة الخ من قوله وإنما صح قرض شرط فيه رد نحو مكسر عن صحيح الخ (قوله على أن لى عليك) أى المكفول له قد يشكل عدم صحة الضمان بشرط عوض على المضمون له بجواز التزام العوض فى مقابلة البراءة على مامر للشارح عن المتولى ، اللهم إلا أن يقال : إن الصحة فى البراءة مصوّرة بما إذا تراضيا قبل البراءة على دفع المال فى مقابلتها ولم يتعرضا للشرط فى البراءة (قوله أو إن أحضرته) أى فذاك (قوله وأنا كفيل المكفول) معناه إبراء الكفيل بأن يقول تكفلت باحضار من عليه الدين على أن من تكفل به قبل برئ (قوله بعد شهر) أى فلو أسقط قوله وأحضره واقتصر على قوله ضمنت إحضاره بعد شهر قال حج : فإن نوى تعلق بعد بإحضاره صح ، فإن علقه بضمنت فواضح أنه يبطل وأن كلامهم فى غير ذلك ، وإن أطلق فقضية كلامهم الصحة ، ويوجه بما مر أن كلام المكلف يصان عن الإلغاء اهـ . وقد يقال لو قيل بالبطلان كان له وجه لما قالوه فى الكناية إنه لابد لها من النية ، وأنه لو لم ينو لغت ولم يقولوا بصحتها صونا لعبارة المكلف ، وأيضا فالأصل هنا براءة ذمة الضامن ولأن الأصل فى العمل الفعل ، فإذا كان فى الكلام فعل وغيره تعلق الظرف بالفعل وهنا الإحضار مصدر وضمن فعل والتعلق بالفعل هنا يوجب الفساد فكان هو الأصل (قوله فلا يصح التأجيل) أى مالم يريدا وقته ويكون معلوما لهما ، فلو أراده أحدهما دون الآخر أو أطلقا كان باطلا . وبقى مالو تنازعا فى إرادة الوقت المعين وعدمه هل يصدق مدعى الصحة أو مدعى الفساد ؟ فيه نظر ، والأقرب الثانى ، ولا يعارضه تقديم قول مدعى الصحة على مدعى الفساد لأن ذاك محله مالم يعارضه ماهوى أقوى منه ، وقد عارضه هنا كون الأصل براءة ذمة الضامن وأن الإرادة لاتعلم إلا منه (قوله الذى شرط فيه التسليم[1]) أى وصوابه لايجبر على قبوله فيه حيث امتنع لغرض بأن كان بمحل التسلم بينة أو من يعينه على خلاصه وإلا أجبره الحاكم على قبوله الخ (قوله أجلا معلوما) أى للضامن كما يأتى (قوله فى حق الضامن) أى دون الأصيل (قوله وفهم منه بالأولى) لو أخر هذا عن قوله وأنه يصح ضمان المؤجل حالا كان أولى (قوله لجنس الدين) أى المتقدم قبل الكفالة (قوله اشتراط الخ) قد يمنع استفادة ذلك لأن كلا من الحلول والتأجيل صفة وهى لاتعلم من الجنس الذى هو كون الدين ذهبا أو فضة مثلا ، إلا أن يقال أراد بالجنس مايشمل الصفة. (قوله أو مؤجلا) أى بأجل معلوم

(قوله ولو كفل بزيد على أن الخ) أى قائلا على أن الخ (قوله كضمنت إحضاره وأحضره بعد شهر) عبارة المحقق المحلى : نحو أنا كفيل بزيد أحضره بعد شهر (قوله ونقصه) أى ولا يلحق النقص كما صرّح به فى شرح الروض

---

(١) قول المحشى (الذى شرط فيه التسليم) ليس موجودا بنسخ الشرح التى بأيدينا اهـ مصححه .

لايصح الضمان للمخالفة ، ووقع في بعض نسخ المحرر تصحيحه ، ونبه في الدقائق على أن الأصح ما في بقية النسخ والمنهاج (و) الأصح (أنه يصح ضمان المؤجل حالا) لتبرعه بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان ، ويفارق مالو رهن بدين حال وشرط في الرهن أجلا أو عكسه حيث لم يصح مع أن كلا وثيقة بأن الرهن عين وهي لاتقبل تأجيلا ولا حلولا والضمان ضم ذمة لذمة ، والذمة قابلة لالتزام الحال مؤجلا وعكسه . والثاني لايصح لما مر (و) الأصح على الأول (أنه لايلزمه التعجيل) كما لو التزمه الأصيل فيثبت الأجل في حقه تبعا لامقصودا في أوجه الوجهين كما رجحه صاحب التعجيز في شرحه . وقال الزركشي : إنه الأقرب ، فلو مات الأصيل حل عليه أيضا ، ومعلوم أنه يحل على الضامن بموته مطلقا وإن ثبت الأجل في حقه تبعا . نعم فيما لو ضمن مؤجلا لشهرين مؤجلا لشهر لايحل بموت الأصيل إلا بعد مضي الأقصر . والثاني يلزمه لأن الضمان تبرع لزم فلزمت صفته كما لو نذر إعتاق رقبة مؤمنة (وللمستحق) الشامل للمضمون له ولوارثه ولا يشمل المحتال وإن قيل به لأنه غير مستحق بالنسبة للضامن لما مر من براءته بها (مطالبة الضامن) وضامنه وهكذا وإن كان بالدين رهن واف (والأصيل) اجتماعا وانفرادا وتوزيعا بأن يطالب كلا ببعض الدين لبقاء الدين على الأصيل وللخبر المار « الزعيم غارم » ولا محذور في مطالبتهما وإنما المحذور في تغريمهما معا كل الدين ، والتحقيق أن الذمتين إنما اشتغلتا بدين واحد كالرهنين بدين واحد فهو كفرض الكفاية يتعلق بالكل ويسقط بفعل البعض ، فالتعدد فيه ليس في ذاته بل بحسب ذاتيهما ، ولهذا حل على أحدهما فقط ويتأجل في حق أحدهما كذلك ، ولو أفلس الأصيل فطلب الضامن بيع ماله أولا . أجيب إن ضمن بإذنه وإلا فلا لأنه موطن نفسه على عدم الرجوع ، وكلامه يقتضي أنه لو قال

(قوله في حقه) أي الضامن (قوله فلومات الأصيل) تفريع على قوله تبعا لا مقصودا (قوله على الضامن بموته) أي نفسه (قوله مطلقا) سواء قلنا يثبت تبعا أومقصودا (قوله وإن ثبت) هي غاية (قوله إلا بعد مضي الأقصر) أي لأنه ثبت مقصودا في حق الضامن فلا يحل بموت الأصيل (قوله رقبة مؤمنة) أي فإنها تلزمه بصفة الإيمان فلا يكفي غيرها (قوله ولا يشمل المحتال) أي كما لو كان عليه دين وبه كفيل ثم أحال المدين الدائن على آخر لم يطالب المحتال الضامن لبراءته بالحوالة (قوله لما مر من براءته) أي حيث لم يتعرض المحيل للضامن ، بخلاف مالو أحال عليهما فلا يبرأ فيطالب المحتال كلا من الأصيل والضامن كما مر ، ويمكن حمل كلام صاحب القيل على ذلك (قوله اجتماعا وانفرادا) .

[فرع] من الوقائع مستحق طالب الضامن ، فقيل له طالب الأصيل فقال ما لي به شغل ، فقيل له الحق لك قبله ، فقال لا حق لي قبله ، وهو ممن يخفى عليه الحال ويظن أن ذلك لايؤثر في إسقاط حقه ولم يرد بذلك الإقرار بسقوط حقه ، فأفتى م ر بأن حقه باق وأنه لايسقط بذلك لجهله وخفاء الحال عليه اهـ سم على منهج (قوله أولا)

(قوله كأصل الضمان) انظر ما فائدة صحته مع عدم لزوم الوفاء به (قوله لما مر) أي في باب الحوالة (قوله ولهذا حل على أحدهما فقط) قال الشهاب سم : قد يقال هذا بالتعدد أنسب منه بعدمه (قوله فطلب الضامن بيع ماله أولا) مراده بذلك كما أشار إليه الشهاب سم في حواشي التحفة ماقاله الشافعي من أنه لو أفلس الأصيل والضامن وأراد الحاكم بيع مالهما في دينهما فقال الضامن ابدأ بمال الأصيل وقال الضامن ابدأ بمال أيكما شئت بديني إن كان الضمان بأمر المضمون عنه فالمجاب الضامن أولا بإذنه فالخيرة إلى الدائن (قوله وكلامه يقتضي الخ) في اقتضاء كلامه لما ذكر وقفة لاتخفى

اثنان لآخر ضمنا مالك على زيد وهو ألف مثلا مطالبة كل منهما بجميع الألف وهو أحد وجهين صححه المتولى كما لو قالا رهنا عبدنا هذا بألف لك على فلان فإن حصة كل منهما رهن بجميع الألف ، وصوّبه السبكى معللا له بأن الضمان توثقة كالرهن والبلقينى وأفتى به فقهاء عصر السبكى . والثانى أنه يطالب كلا منهما بالنصف فقط كما لو قالا اشترينا عبدك بألف ، وجرى عليه الماوردى والبندنيجى والرويانى والصيمرى وقال الأذرعى والقلب إليه أميل ، وبه أفتى الوالد رحمه الله تعالى لأنه اليقين ، وشغل ذمة كل واحد بالزائد مشكوك فيه ، وبذلك أفتى البدر بن شهبة عند دعوى أحد الضامنين ذلك وحلفهما عليه لأن اللفظ ظاهر فيه ، وبالتبعيض قطع الشيخ أبو حامد وهو الموافق للأصح فى مسئلة الرهن المشبه بها أن حصة كل مرهونة بالنصف فقط ، وقد قال ابن أبى الدم لا وجه للأول (والأصح أنه لايصح) الضمان ، ومثله الكفالة (بشرط براءة الأصيل) لمنافاته مقتضاه . والثانى يصح كل من الضمان والشرط لخبر جابر فى ضمان أبى قتادة للميت حيث قال له صلى الله عليه وسلم « هما عليك وفى مالك والميت منهما برىء ، فقال نعم ، فصلى عليه » قال الحاكم صحيح الإسناد. وأجاب الأول بأن مراده بقوله برئ فى المستقبل (ولو أبرأ الأصيل) أو برئ بنحو اعتياض أو حوالة أو أداء ، وإنما آثر لفظ أبرأ لتعينه فى صورة العكس (برئ الضامن) وضامنه وهكذا لسقوط الحق (ولا عكس) فلو برئ الضامن بإبراء لم يبرأ الأصيل ولا من قبله بخلاف من بعده ، وكذا فى كفيل الكفيل وكفيله وهكذا لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين كفك الرهن بخلاف مالو برئ بنحو أداء ، ولو قال المضمون له الضامن فإن قصد إبراءه برئ من غير قبول ، وإن لم يقصد ذلك فإن قبل فى المجلس برئ وإلا فلا كما بحثه الشيخ وقال : إنه مقتضى كلامهم . قال : ويصدّق المضمون له فى أن الضامن لم يقبل لأن الأصل عدمه ، وشمل كلامه مالو أبرأ الضامن من الدين فلا يبرأ الأصيل إلا إن قصد إسقاطه عن المضمون عنه (ولو مات أحدهما) أو استرق والدين مؤجل (حلّ عليه) لخراب ذمته (دون الآخر) فلا يحل عليه لارتفاقه بالأجل ، فإن كان الميت الأصيل وله تركة فللضامن مطالبة المستحق بأن يأخذ منها أو يبرئه لاحتمال تلفها فلا يجد مرجعا إذا غرم . وقضيته أنه لو ضمن بغير الإذن لم يكن له ذلك إذ لارجوع له ، وهو

أى قبل غرم الضامن كأن قال بيعوا مال المفلس ووفوا منه مايخص دين المضمون له فإن بقى شىء غرمته ، وليس المراد أن المضمون له يقدم بدينه على بقية الغرماء (قوله فإن حصة كل منهما رهن) ضعيف (قوله والثانى) أى والوجه الثانى (قوله للأوّل) أى مطالبة كل بجميع الألف (قوله بشرط براءة الأصيل) هو ظاهر فى الضمان ويصوّر فى الكفالة بإبراء كفيل الكفيل بأن يقول تكفلت بإحضار من عليه الدين على أن من تكفل به قبل برئ (قوله هما عليك) الذى مر أوّل الباب أن قدر الدين الذى ضمنه أبو قتادة ثلاثة دنانير فلعلهما واقعتان لكنه بعيد ولو وقع لنقل (قوله ولو أبرأ الأصيل) ينبغى أن من البراءة ما لو قال له أبرأتنى فقال نعم ، فيبرأ بذلك قياسا على مالو قيل له التماسا طلقت زوجتك فقال نعم ، ومثله أيضا مالو قال ضمنت لى ما على فلان من الدين فقال نعم فيكون ضامنا له (قوله ولا من قبله) أى الضامن المبرأ (قوله بنحو أداء) أى فإن الأصيل يبرأ (قوله فإن قبل فى المجلس) أى مجلس الإيجاب بأن لايطول الفصل عرفا بين لفظيهما (قوله لم يقبل) أى الإقالة (قوله عن المضمون عنه) أى بخلاف مالو أطلق أو قصد إبراء الضامن وحده أو استرق أو ارتد واتصلت ردته بالموت (قوله وقضيته الخ)

(قوله لم يبرأ الأصيل ولا من قبله الخ) عبارة الروض : وإن ضمن به أو كفل آخر وبالآخر آخر وهكذا طالبهم ، فإن برئ الأصيل برءوا أو غيره برئ ومن بعده لامن قبله انتهت

قياس مامرّ فى إفلاس الأصيل ، ولو قيل له ذلك فيهما مطلقا حتى لايغرم لم يبعد إلا أن يجاب بأنه مقصر بعدم الاستئذان وإن كان الميت الضامن وأخذ المستحق الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن فى الضمان قبل حلول الأجل ، وأفتى ابن الصلاح بأنه لو أعارعينا ليرهنها ثم مات لم يحل الدين لتعلقه بها لما مر أنه ضمان فى رقبتها دون الذمة (وإذا طالب المستحق الضامن) بالدين (فله مطالبة الأصيل) أو وليه كما فى المطلب (بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه) لأنه الذى ورّطه فى المطالبة ، نعم ليس له حبسه وإن حبس ولا ملازمته ؛ ففائدتها إحضاره مجلس الحكم وتفسيقه بالامتناع إذا ثبت له مال . أما لو ضمن بغير إذنه فليس له مطالبته لأنه لم يسلطه عليه (والأصح أنه لايطالبه) بالدين الحال (قبل أن يطالب) به كما لايغرمه قبل أن يغرم . والثانى يطالب بتخليصه كما لو استعار عينا للرهن ورهنها فإن للمالك المطالبة بفكها ، وفرّق الأوّل بأن الرهن محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر ، بخلاف الضامن ، وليس له على الأوّل مطالبة المضمون له بأن يطالبه أو يبرئه ولا مطالبة الأصيل بالمال حيث كان ضامنا بالإذن مالم يسلمه ، فلو دفع له الأصيل ذلك من غير مطالبة لم يملكه ولزمه رده وضمانه إن تلف كالمقبوض بشراء فاسد ، فلو قال له اقض به ماضمنته عنى كان وكيلا والمال فى يده أمانة ، ولو أبرأ الضامن الأصيل أو صالح عما سيغرم فيهما أو رهنه الأصيل شيئا بما ضمنه أو أقام به كفيلا لم يصح إذ لم يثبت للضامن حق بمجرد الضمان ، ولو شرط الضامن حال الضمان أن يرهنه الأصيل شيئا أو يقيم له به ضامنا فسد لفساد الشرط (وللضامن) بعد أدائه من ماله ولم يقصد الأداء عن غير جهة الضمان كما أفاده السياق (الرجوع على الأصيل

معتمد (قوله ولو قيل له ذلك فيهما) أى فى الضمان بالإذن وعدمه ويحتمل ، وهو الظاهر رجوعه لما لو مات الأصيل والضمان بغير إذن ، ولما لو أفلس من عليه الدين والضمان بغير إذن (قوله ثم مات) أى المعير (قوله دون الذمة) وذكر العارية مثال والمدار على تعلق الدين بالعين بضمان فيهما أو رهن بغير إذن المدين اه حج (قوله لأنه الذى ورّطه) أى أوقعه فى مشقة المطالبة . وأصل التوريط الإيقاع فى الهلاك . ففى المختار الورطة الهلاك ، وأورطه وورّطه توريطا أوقعه فى الورطة اه ، فكأنه قال أوقعه فى الهلاك بسبب المطالبة (قوله نعم) لاموقع للاستدراك بل كان الأولى جعله مستأنفا (قوله ليس له حبسه) قال فى الأنوار : لكن له أن يقول احبسه معى اه سم على منهج : أى ولا يجب عليه أن يحبسه معه بل يتخير ، وعليه فقول الشارح ليس له حبسه : أى ليس له الإلزام بحبسه (قوله ففائدتها) أى المطالبة (قوله وليس له) أى للضامن عبارة سم على منهج وله على الأوجه كما فى الشامل ، وحكاه البندنيجى والرويانى عن ابن سريج وأقره أن يقول للمستحق إما أن تطالبنى أو تبرئنى اه فقول الشارح وليس له على الأوّل الخ إشارة إلى رد ذلك (قوله بأن يطالبه) أى الضامن (قوله فلو دفع له) أى الضامن (قوله من غير مطالبة) أى من رب الدين (قوله لم يملكه) أى الضامن قضيته أنه يملكه الضامن إذا دفعه له الأصيل بعد مطالبة ربّ الدين له ، وفيه نظر لأن الضامن مالم يغرم لايثبت له حق على الأصيل ، فقبضه لنفسه غير صحيح إلا أن يصوّر بما إذا غرم له الدين ثم قبض من الأصيل بعد الغرم (قوله فيهما) أى الضمان والكفالة (قوله فسد) أى الضمان ولا يغنى عن هذا قوله قبل أو رهنه الأصيل شيئا بما ضمنه الخ لأن ماسبق نبه به على أنه إذا وقع ذلك بعد الضمان لغا ولم يبطل الضمان ونبه بما هنا على أن الضمان يفسد بفساد الشرط (قوله عن غير جهة الضمان)

(قوله ولم يقصد الأداء عن غير جهة الضمان الخ) أى بأن قصد جهة الضمان أو أطلق ، وينبغى فى صورة الإطلاق

إن وجد إذنه فى الضمان والأداء) لصرفه ماله لغرض الغير بإذنه . أما لو أدى من سهم الغارمين فلا رجوع له كما ذكروه فى قسم الصدقات خلافا للمتولى ، وكذا لو ضمن سيده ثم أدى بعد عتقه أو ضمن السيد دينا على عبده غير المكاتب بإذنه وأداه قبل عتقه أو على مكاتبه بإذنه وأداه بعد تعجيزه أو ضمن فرع عن أصله صداق زوجته بإذنه ثم طرأ إعساره بحيث وجب إعفافه قبل الدخول وامتنعت الزوجة من تسليم نفسها حتى تقبض الصداق فأداه الضامن فلا رجوع وإن أيسر المضمون ، وكذا لو ضمنه عنه عند وجوب الإعفاف بإذنه ثم أدى أو نذر ضامن بالإذن الأداء وعدم الرجوع (إن انتفى) إذنه (فيهما) أى الضمان والأداء (فلا) رجوع له لأنه متبرع ، وشمل مالو أذن له المديون فى أداء دينه فضمنه وأدى عن جهة الضمان وما لو قال له أدّ عنى ماضمنته لترجع به علىّ

بأن قصد الأداء عن جهة أو أطلق (قوله أما لو أدى) أى الضامن وهو محترز قوله أولا من ماله (قوله وكذا الخ) مستثنى ، ويمكن دخوله فيما خرج بماله بما ذكر من التوجيه الذى كرناه بعد فى قولنا لعل وجهه الخ (قوله لو ضمن سيده) أى بإذنه (قوله ثم أدى بعد عتقه) لعل وجهه أنه لما جرى سبب الوجوب قبل العتق كان المغروم بسبب الضمان كأنه من مال السيد (قوله وأداه قبل عتقه) مفهومه أنه لو أدى بعد عتقه رجع عليه ، ويمكن الفرق بينه وبين ما أداه العبد بعد عتقه وقد ضمن سيده بأن ما أداه العبد لما جرى سببه وهو فى ملك السيد نزل منزلة ماغرمه قبل العتق وهو بتقدير ذلك إنما يؤدى من مال السيد ، ولا يسوغ الرجوع على السيد بما أداه من ماله (قوله فلا رجوع) أى لأن ما أداه صار واجبا عليه بإعسار أصله . وعلى هذا لو تزوّج الأصل زوجتين وضمن صداقهما الفرع بإذن أصله ثم أعسر الأصل فينبغى أن الفرع إذا غرم يرجع بصداق واحدة منهما لحصول الإعفاف بها وتكون الخيرة للفرع فيما يرجع به من الصداقين (قوله وإن أيسر المضمون) أى الأصل (قوله وعدم الرجوع) أى فإن نذر الأداء ولم يذكر الرجوع ثم أدى لم يرجع ، قاله الجلال البلقينى ، لأن الأداء صار واجبا فيقع الأداء عن الواجب ، ونازعه مر فى نفس انعقاد النذر لأن الأداء واجب والواجب لايصح نذره اهـ . وقد يورد عليه أنه إنما يجب الأداء بالطلب فقبله لا وجوب فينعقد وقد يدفع بمنع ذلك ، كما أن صلاة الظهر فى أوّل وقتها واجبة الأداء مع توقف وجوب أدائها على ضيقه ، ومع ذلك لاينعقد نذرها فليحرر انتهى سم على منهج . وقوله وقد يدفع بمنع ذلك الخ فيه أنه إن أراد أنه نذر صلاة الظهر لابقيد أوّل الوقت ولا غيره ، فعدم الانعقاد ظاهر لأنه لم ينذر إلا ماهو مخاطب به ، وإن أراد أنه نذر تعجيلها فى أوّل الوقت فلا وجه إلا صحة النذر . وعبارة حج بدل وعدم الرجوع أو عدم الرجوع وهى ظاهرة لأن كلامنهما كاف فى عدم الرجوع (قوله وأدى عن جهة الضمان) قضيته أنه إذا أدى عن جهة الإذن فى الأداء أو أطلق رجع ، لكن فى سم على منهج مانصه : قال مر : إن أدى عن جهة الإذن السابق رجع أو عن الضمان لا رجوع ، وكذا لو أطلق وقرر فى العكس كذلك وهو أنه إذا ضمن بلا إذن ثم أدى بشرط الرجوع رجع إن أدى عن جهة الأداء وإلا فلا اهـ فراجعه . وفى حج مايقتضى أنه متى ضمن بلا إذن بعد الإذن فى الأداء لا رجوع له سواء قصد الأداء عن الضمان

أن محلها إن لم يكن عليه دين آخر للمضمون له فليتأمل (قوله لغرض الغير) أى الواجب على ذلك الغير كما يعلم مما مر فى القرض (قوله وأدى عن جهة الضمان) خرج به ما لو أدى عن جهة الإذن أو أطلق فيرجع ، لكن الشهاب سم نقل عنه فى حواشى المنهج أنه لا رجوع فى صورة الإطلاق ، فلعل ما اقتضاه كلامه هنا غير مراد له فليراجع

وأدى لاعن جهة الإذن (فإن أذن) له (فى الضمان فقط) أى دون الأداء ولم ينهه عنه (رجع فى الأصح) لأن الضمان هو الأصل والإذن فيه إذن فيما يترتب عليه . والثانى لايرجع لانتفاء الإذن فى الأداء ، أما لو نهاه بعد الضمان فلا تأثير له أو قبله وانفصل عن الإذن كان رجوعا عنه وإلا أفسده قاله الأسنوى ، وقد لايرجع بأن أنكر أصل الضمان فثبت عليه بالبينة مع إذن الأصيل له فيه فكذبها ، لأنه بتكذيبها صار مظلوما بزعمه والمظلوم لايرجع على غير ظالمه وهو هنا المستحق (ولا عكس فى الأصح) بأن ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه لأن وجوب الأداء سببه الضمان ولم يأذن فيه . نعم إن أذن له فى الأداء بشرط الرجوع رجع ، وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرد فى المتقوم مثله صورة كما قاله القاضى الحسين . والثانى يرجع لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذنه (ولو أدى مكسرا عن صحاح أو صالح عن مائة)ضمنها (بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لايرجع إلا بما غرم) لأنه الذى بذله ، أما القدر الذى حصلت به المسامحة فهو باق على الأصيل مالم يقصد الدائن مسامحته به أيضا ، قاله شارح التعجيز . والأوجه براءة الأصيل منه أيضا لأنه لم يسامح هنا بقدر وإنما أخذ بدلا عن الكل ، وخرج بما ذكر صلحه عن مكسر بصحيح وعن عشرين بثوب قيمته خمسون فلا يرجع إلا بالأصل ، فتلخص أنه يرجع بأقل الأمرين مما أداه والدين وبالصلح مالو باعه بمائة ثم وقع تقاص فيرجع بالمائة قطعا وكذا لو باعه الثوب بما ضمنه على الأصح ، ولا ينافى هذا ما مر فى الصلح لأن الغالب فيه المسامحة بترك بعض الحق وعدم مقابلة المصالح به الجميع المصالح عنه فيرجع بالأقل ، وفى البيع المشاحة ومقابلة جميع الثمن بجميع المبيع من غير نقص لشىء منهما فرجع بالثمن فاندفع مايقال الصلح بيع أيضا ، ولو صالح من الدين على بعضه أو أدى بعضه وأبرأ من الباقى رجع بما أدى وبرئ فيهما ، وكذا الأصيل لكن فى صورة الصلح لأنه يقع عن أصل الدين مع أن لفظه من حيث هو لا بالنظر لمن جرى معه يشعر بقناعة المستحق بالقليل عن الكثير دون صورة الإبراء لأنه إنما وقع للضامن عن الوثيقة دون أصل الدين ولو ضمن لذمى دينا على مسلم ثم تصالحا على خمر لم يرجع

أو بسبب الإذن أولم يقصد شيئا (قوله وأدى) أى فلا رجوع له (قوله عن جهة الإذن) أى بأن أدى عن جهة الضمان أو أطلق فليتأمل ولو اختلفا فى النية وعدمها صدق الدافع فإن النية لاتعلم إلا من جهته (قوله ولم ينهه عنه) أى الأداء (قوله أما لو نهاه) أى عن الأداء (قوله فلا تأثير له) أى النهى فيرجع بما أدى (قوله وانفصل عن الإذن) بأن طال الزمن بينهما (قوله كان) أى النهى رجوعا عنه أى الإذن وهو صحيح (قوله إلا بما غرم) قضيته هذا مع ماتقدم من أنه حيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض الخ أن يرجع بمثل الثوب لاقيمته (قوله قاله شارح التعجيز)هو ابن يونس(قوله فلا يرجع إلا بالأصل) وهو المكسر والعشرون لتبرعه بالزيادة (قوله مالو باعه) أى المصالح عليه (قوله فيرجع بالمائة) أى وإن لم يساو ما باعه ما باع الثوب به (قوله مامر فى الصلح) أى بثوب قيمته خمسون عن مائة حيث لايرجع إلا بما غرم (قوله وأبرأ) أى الضامن (قوله وبرئ) أى الضامن (قوله لكن فى صورة الصلح) أى دون صورة الابراء (قوله دون أصل الدين) أى فيطالب به الأصيل

(قوله بعد الضمان) حق العبارة : أما لو نهاه فإن كان بعد الضمان الخ (قوله ولو ضمن لذمى دينا الخ) عبارة الروض وشرحه : ولو ضمن ذمى لذمى عن مسلم دينا فصالح صاحبه على خمر لغا الصلح لما سيأتى أن أداء الضامن يتضمن إقراض الأصل ما أداه وتملكه إياه وهو متعذر هنا فلا يبرأ المسلم كما لو دفع الخمر بنفسه انتهت . وعلم منها

لتعلقها بالمسلم ولا قيمة للخمرعنده ولو أبرأ المحتال الضامن لم يرجع فيما يظهر خلافا للجلال البلقيني لأنه لم يغرم شيئا ومقابل الأصح يرجع بالصحاح والمائة لحصول براءة الذمة والنقصان جرى من رب المال مسامحة للضامن (ومن أدى دين غيره) وليس أبا ولا جدا (بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع) له لتبرعه بخلاف مالو أوجر مضطرا، لأنه يلزمه إطعامه مع ترغيب الناس فى ذلك أما الأب والجد إذا أدى دين محجوره أو ضمنه بنية الرجوع فإنه يرجع كما قاله القفال وغيره (وإن أذن) له فى الأداء (بشرط الرجوع رجع) عليه وفاء بالشرط (وكذا إن أذن) له إذنا (مطلقا) عن شرط الرجوع فأدى لا بقصد التبرع فيما يظهر (فى الأصح) كما لو قال اعلف دابتى وإن لم يشرط الرجوع ويفارق مالو قال اطعمنى رغيفا بجريان المسامحة فى مثله ، ومن ثم لا أجرة فى نحو اغسل ثوبى لأن المسامحة فى المنافع أكثر منها فى الأعيان . وقول القاضى : لو قال لشريكه أو أجنبى عمر دارى أو أدّ دين فلان على أن ترجع علىّ لم يرجع عليه إذ لا يلزمه عمارة داره ولا أداء دين غيره ، بخلاف اقض دينى وأنفق على زوجتى أو عبدى اهـ ضعيف بالنسبة لشقه الأوّل لما مر فى أوائل القرض أنه متى شرط الرجوع هنا وفى نظائره رجع وفارق نحو أد دينى واعلف دابتى بوجوبهما عليه فيكفى الإذن فيهما وإن لم يشرط الرجوع ، وألحق بذلك فداء الأسير لأنهم اعتنوا فى وجوب السعى فى تحصيله مالم يعتنوا به فى غيره . قال القاضى أيضا : ولو قال أنفق على امرأتى ماتحتاجه كل يوم على أنى ضامن له صح ضمان نفقة اليوم الأوّل دون مابعده اهـ . والأوجه أنه يلزمه مابعد الأوّل أيضا لأن المتبادر من ذلك كما هو ظاهر ليس حقيقة الضمان المارّ بل مايراد بقوله على أن ترجع علىّ بل تقدم فى كلام القاضى نفسه أن أنفق على زوجتى لايحتاج لشرط الرجوع ، فإن أراد حقيقة الضمان فالأوجه تصديقه بيمينه ولا يلزمه سوى اليوم الأوّل ، ويمكن

(قوله لم يرجع) عبارة حج كشيخ الإسلام لم يصح ولم يرجع وإن قلنا بالمرجوح وهو سقوط الدين اهـ. فقوله لم يرجع فى إطلاقه مسامحة لأنه يقتضى صحة الصلح (قوله لتعلقها) أى المصالحة (قوله ولو أبرأ المحتال) يتأمل ماذكر فإن الضمان إن كان قبل الحوالة فقد برئ الضامن بالحوالة لما مر من أن الدين ينتقل للمحتال بدون الوثيقة التى بالدين ، وإن كان بعدها فلا وجه للتعبير بالمحتال . ويجاب بأن الحوالة على الضامن وبها سقط حق المحيل وبقى الحق للمحتال ، فإذا أبرأ الضامن سقط الحق عن الأصيل ، ولا رجوع للضامن عليه بشىء لأنه لم يغرم (قوله بلا ضمان ولا إذن) ليس هذا مكررا مع ماسبق فى قوله وإن انتفى فيهما فلا لأن ماتقدم فيما لو وجد ضمان وأدى بلا إذن فى الضمان والأداء وما هنا لم يوجد فيه ضمان ومع ذلك أدى بلا إذن فى الأداء (قوله ما لو أوجر) ويؤخذ منه أنه وصل إلى حالة لايمكن العقد معه فيها (قوله إذا أدى) أى أحدهما (قوله أو ضمنه بنية الرجوع) ويصدق فى ذلك بيمينه لأن النية لاتعلم إلا منه (قوله كما لو قال اعلف دابتى) فإنه يرجع بذلك (قوله أطعمنى رغيفا) أى فإنه لايرجع وإن دلت القرينة على أنه إنما يدفع بمقابل كأن قال ذلك لمن حرفته بيع الخبز (قوله فى نحو اغسل ثوبى) أى وإن كان عادته الغسل بالأجرة (قوله ضعيف بالنسبة الخ) أى فيكون المعتمد فيه الرجوع حيث شرطه . وصورة ذلك أن الآلة المالك الدار ، بخلاف مالو قال عمر دارى بآلتك فلا رجوع لتعذر البيع كما مر والآلة باقية على ملك صاحبها كما قدمناه عن حج قبيل الحوالة (قوله لشقه الأول) هو قوله عمر دارى أو أدّ دين فلان على أن ترجع علىّ الخ والثانى هو قوله بخلاف اقض الخ (قوله وفارق) أى قوله عمر دارى الخ (قوله وألحق بذلك) أى بأدّ دينى الخ (قوله ولا يلزمه سوى اليوم الأول) يتأمل وجه ذلك فإن ما تأخذه الزوجة تملكه فلم يبق ثم أصيل وضامن حتى

عدم الرجوع الذى صرح به الشارح (قوله ولو أبرأ المحتال الضامن) أى بأن أحال المستحق ثالثا على الضامن فأبرأه المحتال (قوله لم يرجع فيما يظهر) وهل يسقط الدين عن الأصيل بإبراء المحتال ، الظاهر نعم لأن المستحق سقط حقه بالحوالة والمحتال لم يتوجه مطالبته إلا على الضامن لا على الأصيل فليراجع ، وسيأتى أن حوالة المستحق

حمل كلام القاضى عليه ، ولو قال بع لهذا بألف وأنا أدفعه لك ففعل لم يلزمه الألف خلافا لابن سريج ، ولو ضمن شخص الضامن بإذن الأصيل وغرم رجع عليه كما لو قال لغيره أدّ دينى فأداه ، ومقابل الأصح لا إذ ليس من ضرورة الإذن الرجوع (والأصح أن مصالحته) أى المأذون له فى الأداء (على غير جنس الدين لاتمنع الرجوع) إذ مقصود الإذن البراءة وقد حصلت فيرجع بالأقل كما مر . والثانى تمنع لأنه إنما أذن فى الأداء دون المصالحة فهو متبرع وإحالة المستحق على الضامن له قبض ، ومتى ورث الضامن الدين رجع به مطلقا (ثم إنما يرجع الضامن والمؤدى) بشرطهما المار (إذا أشهدا بالأداء) من لم يعلم سفره عن قرب (رجلين أو رجلا وامرأتين) ولو مستورين وإن باتا فاسقين لعدم الاطلاع عليه باطنا (وكذا رجل) يكفى إشهاده (ليحلف معه فى الأصح) لأنه كاف فى إثبات الأداء وإن كان حاكم البلد حنفيا كما اقتضاه إطلاقهم . نعم لو كان كل الإقليم كذلك فالأوجه عدم الاكتفاء به ، والثانى لا لاحتمال ترافعهما إلى حنفى لايقضى بشاهد ويمين فكان ذلك ضربا من التقصير . ورد بأنه لم يشترط أحد إشهاد من يتفق العلماء على قبوله ، وقوله ليحلف معه علة غائية فلا يشترط عزمه على الحلف حين الإشهاد فيما يظهر كما أفاده الزركشى بل أن يحلف عند الإثبات ، فقول الحاوى إن لم يقصده كان كمن لم يشهد محمول على من لم يحلف أصلا (فإن لم يشهد) أى الضامن بالأداء وأنكر رب الدين أو سكت (فلا رجوع له إن أدى فى غيبة الأصيل وكذبه) لأن الأصل عدم الأداء وهو مقصر بترك الإشهاد (وكذا إن صدقه فى الأصح) لعدم انتفاعه بأدائه ، إذ المطالبة باقية . والثانى يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته بإذنه ، ومحل الخلاف إذا لم يأمره الأصيل بإشهاد فإن أمره به فلم يفعل لم يرجع جزما أو أذن له فى تركه رجع ، قاله فى البحر ، وجزم به الدارمى

يوجد فيه حقيقة الضمان بل الدافع كالمقرض والآذن كالمقترض ، إلا أن يصوّر كلام القاضى بما لو صدر ذلك بعد طلوع الفجر فيتم ماذكره لأن نفقة اليوم الأول تجب بطلوع فجره فتوجد فيها حقيقة الضمان ، وقد تقدم صحة ضمان نفقة اليوم وما قبله ، بخلاف نفقة الغد ، ومع ذلك فيه شىء فإنها وإن وجبت على الزوج فالمنفق لم يضمن وإنما أنفق ليرجع بمقتضى قوله علىّ أنى ضامن له (قوله خلافا لابن سريج) مثله فى حج وتقدم له فيما لو قال أقرضه كذا وعلىّ ضمانه مايخالفه فليراجع (قوله بإذن) متعلق بضمن ، وهو شامل لما لو لم يأذن الأصيل للضامن الأول (قوله الأصيل) من عليه الدين (قوله وغرم) أى الضامن الثانى (قوله رجع عليه) أى على الأصيل (قوله كما مرّ) أى فيما لو ضمن بالإذن وصالح عن الدين بغير جنسه (قوله قبض) أى فيرجع على الأصيل بمجرد الحوالة وإن لم يؤدّ للمحتال ، ومحله إذا لم يبرئه المحتال ليلا ثم بامر فى قوله ولو أبرأ المحتال الضامن لم يرجع الخ ، ثم رأيت فى الخطيب هنا مانصه : فروع : لو أحال المستحق على الضامن ثم أبرأ المحتال الضامن هل يرجع الضامن على الأصيل أو لا ؟ رجح البلقينى الأوّل ، والمعتمد الثانى لقول الأصحاب إذا غرم رجع بما غرم وهذا لم يغرم ، ومثل ذلك مالو وهبه المستحق الدين فإنه لايرجع ، بخلاف مالو قبضه منه ثم وهبه له فإنه يرجع ، كما لو وهبت المرأة الصداق للزوج ثم طلقها قبل الدخول فإنه يرجع عليها بنصفه ، بخلاف ما لو أبرأته منه قبل قبضها فإنه لايرجع عليها بشىء اه وهو صريح فيما قلناه (قوله رجع به مطلقا) سواء أداد لمورثه أو لا (قوله عن قرب) أى عرفا فيما يظهر ، ويحتمل ضبطه بمن لايعلم سفره قبل ثلاثة أيام اه حج (قوله فالأوجه عدم الاكتفاء به) أى الرجل (قوله إن لم يقصده) أى الحلف (قوله رجع) أى إن صدقه الأصيل فى الدفع (قوله قاله فى البحر) أى للرويانى

قبض (قوله ومتى ورث الضامن الدين رجع به مطلقا) أى سواء ضمن بالإذن أم بدونه لأنه صار له وهو باق فى ذمة الأصيل ، وإنما عبر بالرجوع وإن كانت الصورة أنه لم يؤد شيئا لأنهم نزلوا انتقال الدين له بالإرث منزلة

فى الثانية ولو لم يشهد ثم أدى ثانيا وأشهد فهل يرجع بالأوّل لأنه المبرأ للذمة أو بالثانى لأنه المسقط للضمان ؟ فيه وجهان تظهر فائدتهما فيما لو كان أحدهما صحاحا والآخر مكسرا مثلا . قال فى الروضة : ينبغى أن يرجع بأقلهما ، فإن كان الأول فهو بزعمه مُظلوم بالثانى ، وإن كان الثانى فهو المبرئ لكونه أشهد به ؛ والأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد (فإن صدقه المضمون له) أو وارثه الخاص لا العام وقد كذبه الأصيل ولا بينة على ما بحثه بعضهم ، والأوجه خلافه لسقوط الطلب بذلك حيث اعترف الوارث المذكور بقبضه . أما إقرار العام بقبض المورّث فغير مقبول كإقرار الولى ، ويمكن حمل الأوّل عليه (أو أدى بحضرة الأصيل) وأنكر المضمون له (رجع على المذهب) لسقوط الطلب فى الأولى بإقرار ذى الحق ، ولأن المقصر هو الأصيل فى الثانية حيث لم يحتط لنفسه ، وكالضامن فيما ذكر المؤدى . نعم يظهر كما بحثه بعضهم تصديقه فى نحو أطعم دابتى وأنفق على محجورى فى أصل الإطعام والإنفاق ، وفى قدره حيث كان محتملا كما هو قياس ما يأتى فى نحو تعمير المستأجر وإنفاق الوصى . والثانى فى الأولى يقول تصديق رب الدين ليس حجة على الأصيل ، ولو قال أشهدت بالأداء شهودا وماتوا أو غابوا أو طرأ فسقهم وكذبه الأصيل فى الإشهاد قبل قول الأصيل بيمينه ولا رجوع ، وإن كذبه الشهود فكما لو لم يشهد ، وإن قالوا لاندرى وربما نسينا فلا رجوع كما رجحه الإمام ، ولو شهد الأصيل لآخر بأنه لم يضمن قبلت ما لم يأذن له فى الضمان عنه كذا قيل . وهو مشكل إذ هو نفى غير محصور ولا تقبل به الشهادة ، فإن حمل على نفى محصور كوقت معين كان صحيحا وللضامن باطنا إذا أدى للمستحق فأنكر وطالب الأصيل أن يشهد أنه استوفى الحق المدعى به كشهادة بعض قافلة على قطاع أنهم قطعوا الطريق مالم يقولوا علينا ذكره القفال . ولو ضمن صداق زوجة ابنه بغير إذنه فمات وله تركة فلها أن تغرم الأب وتفوز بإرثها من التركة لأنه لارجوع له ؛ وقول الفزارى له الامتناع

(قوله فى الثانية) هى قوله أو أذن له فى تركه الخ (قوله قال فى الروضة) هذا هو المعتمد (قوله فإن كان الأول) أى الأقل (قوله والأوجه خلافه) أى فتصديق العام كالخاص (قوله الوارث المذكور) أى العام كالخاص (قوله بقبضه) بأن اعترف الوارث بأنه قبض من الضامن . بخلاف مالو صدق الضامن فى أنه دفع للمضمون له قبل موته وهى صورة الإقرار المذكورة (قوله ويمكن حمل الأول) هو قوله ولا بينة على مابحثه الخ (قوله عليه) على قوله أما إقرار العام الخ (قوله فى الأولى) هى قوله فإن صدقه المضمون (قوله وإن قالوا لاندرى الخ) فى ع هذا التفصيل بين الإشهاد وتركه وكونه بحضرة الأصيل أو لا وكون المستحق مصدقا على الأداء أولا يجرى مثله فى أداء الوكيل . فحيث رجع المؤدى هنا خرج الوكيل عن العهدة ، وحيث لافلا . إلا فى مسئلة واحدة وهى مالو وكله بأداء شىء لمن لادين له عليه فأدّاه بغير حضور الموكل بغير إشهاد فإنه لاشىء عليه ويبرأ عن العهدة م ر فليراجع اه سم على منهج : أقول : وهو واضح إن أذن فى الأداء لمن لادين له عليه على جهة التبرع . أما إن أمره بدفعه لمن يتصرف له فيه ببيع أو نحوه فالظاهر أنه كالدين (قوله ولو شهد الأصيل) أى من عليه الدين (قوله لآخر) أى من ادعى رب الدين أنه ضامن (قوله قبلت) معتمد (قوله أنه) أى الأصيل (قوله بغير إذنه)

الأداء كما صرحوا به (قوله ويمكن حمل الأوّل) أى قوله لا العام خلافا لما وقع فى حاشية الشيخ (قوله تصديقه) أى المطعم أو المنفق الآتى ذكرهما وهذا استدراك على ماعلم من المتن من أنه لارجوع إلا إذا صدقه المضمون له أو أدى بحضرة الأصيل (قوله والثانى فى الأولى الخ) أسقط ذكر الثانى فى الثانية وعبارة الجلال فيه : وفى الثانية يقول لم ينتفع الأصيل بالأداء لترك الإشهاد . وأجيب بأنه المقصر بترك الإشهاد (قوله ولو شهد الأصيل لآخر) وهو من ادعى ضمانه

من الأداء لتعلق الدين بالتركة تعلق شركة فقدم متعلق العين على متعلق الذمة كدين به رهن لايلزم الأداء من غيره مردود ، وما علل به ممنوع والخيرة فى المطالبة للمضمون له لا للضامن . ولا نسلم أن الضمان كالرهن لأنه ضم ذمة والرهن ضم عين إلى ذمة وبينهما فرق ، ولو باع من اثنين وشرط أن كلا منهما يكون ضامنا للآخر بطل البيع . قال السبكى : ورأيت ابن الرفعة فى حسبته يمنع أهل سوق الرقيق من البيع مسلما . ومعناه إلزام المشترى بما يلحق البائع من الدلالة وغيرها . قال : ولعله أخذه من هذه المسئلة ولا يختص ذلك بالرقيق ، وهذا إذا كان مجهولا . فإن كان معلوما فلا وكأنه جعل جزءا من الثمن . بخلاف مسئلة ضمان أحد المشتريين للآخر لايمكن فيها ذلك . قال الأذرعى : لكنه هنا شرط عليه أمرا آخر وهو أن يدفع كذا إلى جهة كذا فينبغى أن يكون مبطلا مطلقا اه وهو كما قال .

أى الابن (قوله فلها أن تغرم الأب) فإن امتنع أجبر أى ولها الأخذ من عين التركة (قوله لأنه لا رجوع) أى لعدم الإذن فى الضمان (قوله وقول الفزارى له) أى للأب (قوله مطلقا) معلوما كان أولا (قوله وهو كما قال) هذا مخالف لما نقله سم على منهج عنه هنا من قوله وحاصل ماقرره مر أنه لو قال بعتك بكذا دلالة وثمنا صح لأن معناه أن الدلالة على وذلك لايؤثر لأن الدلالة عليه ، وإن قال بكذا سالما وأراد أن الدلالة على المشترى بطل لأنها ليست عليه فهو شرط يخالف مقتضى العقد ، ولما قدمه عنه فى باب التولية بعد قول المصنف ولو قال بعتك بما قام على الخ من أن المشترى لو التزم أجرة الكيال معينة أو أجرة دلال المبيع معينة صح وكانت عليه اه فليراجع وليتأمل ، ومع ذلك فالمعتمد ما فى الشرح هنا .

انتهى الجزء الرابع ، ويليه الجزء الخامس ، وأوله :

كتاب الشركة

فهـــــرس

الجزء الرابع

من نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج وحواشيها

صحيفة

صحيفة

